Vorvertragliche Pflichten beim Vertragsschluß

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Fritz Zimmerer
Gerichtsreferendar in Berlin.

Berichterstatter:
Professor Dr. Boehmer.

1934

Dissertationsdruckerei und Verlag Konrad Triltsch, Würzburg

BIBLIOTHEEK
RIJKS
UNIV
LEIDEN

Inhalt:

Seite

Erstes Kapitel: Haftungsgrundlagen im BGB. . . . . 1—12

I. Die zivilrechtlichen Haftungstatbestände nach der bisher gebräuchlichen Einteilung 1

1) Die rechtsgeschäftlichen Tatbestände 1

2) Die Verkehrshaftung 1

3) Die Haftung aus culpa in contrahendo 2

a) Geschichtliche Entwicklung des Begriffes culpa in contrahendo und die Versuche, die Haftung auf Verschulden zu stützen 2

aa) Jherings actio culpae als Gegenstück zur actio doli 4

bb) Der Versuch des Reichsgerichts, die Haftung aus § 276 herzuleiten 6

b) Die Ablehnung dieser Versuche 7

II. Die Lehre von der culpa in contrahendo ist im Gesetz selbst nicht begründet 8

Zweites Kapitel: Die vorvertraglichen Pflichten beim Vertragschluß . 12—28

I. Die Lehre Siber's 12

II. Ergänzung der Lehre Siber's durch die einschlägigen Bestimmungen des BGB. 16

Drittes Kapitel: Die Entscheidungen des RG., die eine Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen auf Parteiverschulden stützen, enthalten in der Regel die Verletzung vorvertraglicher Anzeige- und Erhaltungspflichten . . . . . 29—33

Viertes Kapitel: Die Abgrenzung vorvertraglicher Pflichten von verwandten Fallgruppen . . . . . 34—54

I. Versuche der theoretischen Konstruktion der Haftung von der culpa in contrahendo und Kritik der unternommenen Versuche 35

1) Umkehrschluß und Analogieschluß 36

2) Haftungsbegründung aus Delikt und Vertrag . . . 37

3) Sibers unbenannter Vorvertrag 39

4) Die von v. Tuhr begründete und von Köppen, Fischbach, Lehmann, Hildebrandt, Herholz und Stoll fortgeführte Lehre 40

5) Das Bestehen eines Gewohnheitsrechts 46

Seite

II. Die Haftung für culpa in contrahendo besteht in der Verletzung vorvertraglicher Pflichten und ist den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben zu entnehmen . . . 48

Fünftes Kapitel: Regelung des Schadensersatzes . . . . . 54—67

I. Als Schuldgrad kommt § 276 BGB. in Frage 54

II. Der Schuldausgleich 56

III. Die Schadensberechnung 58

IV. Die Gehilfenhaftung 64

V. Die Verjährung 66

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

Breit, Sächsisches Archiv, 13, 286.

Brock, Das negative Vertragsinteresse, 1902.

Cosack, Lehrbuch des BGB., 8. Aufl., 1925.

Crome, Grundzüge des römischen Privatrechts.

— System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1902.

Danz, Auslegung der Rechtsgüter, 3. Aufl., Jena 1911.

Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 1897.

Drexler, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen (1873), zitiert mangels Zugänglichkeit nach Melliger, S. 112.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum HGB., 3. Aufl., 1930/32.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8/9. Aufl., 1908 u. 1919.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Enneccerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 13. Bearbeitung von Nipperdey, 1931, Bd. II, 11. Bearbeitung von Lehmann, 1930.

Fischbach, Vorbereitende Rechtsverhältnisse, Archiv für Bürgerliches Recht, 41, 160, 1921.

Fischer, Hans Albrecht, Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre, 1904.

Fischer-Henle, Handausgabe des BGB., 14. Aufl., 1932.

Fischer, Otto, Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäften in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reichs, 1913.

Fuchs, in LZ. 1923, Spalte 529.

Fürst, Schuldverhältnisse aus einseitigen Rechtsverhältnissen, in LZ. 1910, 177 ff.

Geppert, Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß, in Gruchots Beiträgen, 69, 529 ff.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, III, 1918.

Hedemann, Schuldrecht, 1921.

Heldrich, Das Verschulden beim Vertragschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung, 1924.

Herholz, im Archiv für die Zivilistische Praxis 130, 257 ff.

Hildebrandt, Erklärungshaftung, 1931.

Hoelder, im Recht 01, 216 ff.

Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, 1903.

Ihering, Das Verschulden bei den Vertragsverhandlungen, in Iher. Jahrb. IV/1 ff.

Josef, in Gruchots Beiträgen 52, 525 ff.
Kisch, in der Kritischen Vierteljahresschrift, 44, 521 ff.
Klein, P., in DJZ. 1906, 256.
— Anzeigepflicht im Schuldrecht, 1908.
— Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, 1905.
Koenige-Teichmann-Köhler, Handausgabe zum HGB., 1929.
Köppen, in JherJ. XI, 385.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1904 und 1906.
— Archiv für Bürgerliches Recht, 25, 124.
Kohlrausch, Das StGB. für das Deutsche Reich, 30. Aufl. 1933.
— Der Strafgesetzentwurf, 1927.
Krückmann, Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. Archiv für die Zivilistische Praxis, 101, 1 ff.
— Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Iherings Jahrbuch 59, 233.
— in DJZ. 1911, 163.
Kuhlenbeck, Die Lehre vom sogenannten Vertragsinteresse, DJZ. 1905, 1142.
Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, Festgabe für Gierke, Breslau 1910.
Lehmann, Heinrich, Die Unterlassungspflicht, in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Rechts, Bd. 15, Heft 1, 1906.
— Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse.
Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und ZPO. 1912.
Leonhard, Fr., Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.
— Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragschluß, Diss. 1896.
— Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Archiv für die Zivilistische Praxis, 120, 14.
Leonhard, R., Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 1907.
— Allgemeiner Teil des BGB., 1900.
Levy, in JW. 1922, 1313.
von Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB. 1898.
Litten, Die Wahlschuld im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1903.
Manigk, Irrtum und Auslegung, 1919.
Meißner, Kommentar zum BGB., 1898.
Melliger, culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen (2. Aufl.), 1902.
Motive zu dem Entwurf eines BGB., Amtliche Ausgabe, 1888.
Müller-Erzbach, Archiv für die Zivilistische Praxis, 106, 309 ff., Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, 1910.
Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, München 1910.
Oertmann, Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., 1925 bezw. 1929.
— Rechtsordnung und Verkehrssitte, Leipzig 1914.

— in LZ. 14, 513.
— in JW. 1922, 1313.
Oser, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht, 1915.
Planck, Kommentar zum BGB., 4. Aufl., 1914, bezw. 1923.
Predari, Gruchots Beiträge, 52, 470.
Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts.
— Der sogenannte Vertrauensschaden, Zeitschrift für das Schweizerische Recht, 27, 291.
Raiser, Schadensersatzpflicht bei verstecktem Dissens, Archiv für die Zivilistische Praxis, 127, 1 ff.
Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, Heft 1, Weimar 1868.
Reichsgerichtsräte Kommentar, zum BGB., 6. Aufl., 1928.
Riezler, venire contra factum proprium, 1912.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840.
von Scheurl, Vertragsabschluß unter Abwesenden, in JJ. 2. 248 ff.
Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, 1902.
— Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben, 25, 269.
Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, Jherings Jahrbuch 70, 223 ff.
— Zur Theorie von Schuld u. Haftung, Jherings Jahrbuch 50, 55 ff.
— Plancks Kommentar, 4. Aufl., Vorbem. I 4 vor § 275.
Soergel, Kommentar zum BGB. nebst Nebengesetzen, 1931.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, 1898.
Staub, Kommentar zum HGB., 14. Aufl., 1933.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 9. Aufl.
Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, 1930.
Stoll, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, LZ. 1923, 532 ff.
— Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts, Bonner Diss. 1921.
— Rücktrittsvereinbarungen nach römischem und bürgerlichem Recht, 1922.
— in JW. 1927, 2118; 1933, 35 ff.
— in Archiv für die Zivilistische Praxis, 131, 141 ff.
Titze, Verschulden beim Vertragschluß, in Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, VI, 516 ff.
— in DJZ. 25, 491.
— in JW. 1931, 513.
von Tuhr, Schadensersatz bei Dissens, ArchZiv.Prax. 121, 369.
— Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910; Bd. I, 2, 1914; Bd. II, 2, 1918.
Unger, Handeln auf eigene Gefahr, 1904.
Walsmann, Zeitschrift für Handelsrecht, 84, 214 ff.
Warneyer, Kommentar zum BGB., 1923.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906.
Zitelmann, in Bonner Festgabe für Paul Krüger, Berlin 1911, Nichterfüllung und Schlechterfüllung.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544723_0012

Erstes Kapitel.

Die Haftungsgrundlagen im BGB.

I.

Die zivilrechtlichen Tatbestände, aus denen nach dem geltenden deutschen Reichsrecht Schuldverhältnisse entstehen, sind durch Theorie und Rechtsprechung im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuches und vielleicht schon darüber hinaus ständig vermehrt worden.

1) Nach der früher herkömmlichen Einteilung entstehen Schuldverhältnisse entweder aus einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäften oder aus unerlaubten Handlungen, wobei noch einige Zwischenformen, die sogen. Quasikontrakte und Quasidelikte unterschieden werden.

2) Daneben hat das Wiederdurchdringen des deutschrechtlichen Verursachungsprinzips einige weitere Tatbestände zu Quellen schuldrechtlicher Ansprüche gemacht, die unter dem Gesichtspunkt der Verkehrs- oder Gefährdungshaftung zusammengefaßt werden können. Danach besteht eine Haftung nicht nur für die Verletzung freiwillig — durch Rechtsgeschäft — übernommener Pflichten und für die schuldhafte Verletzung im einzelnen bezeichneter fremder Rechtsgüter, sondern auch in bestimmten Fällen ganz allgemein teils für schuldhaftes, teils für zufälliges Verhalten, durch das Dritte Schaden erleiden. Auch bei diesen Fällen der Verkehrshaftung sind zwei Gruppen zu unterscheiden: eine mehr rechtsgeschäftliche (Verkehrshaftung im weiteren Sinne) und eine mehr deliktische (Verkehrshaftung im engeren Sinne).

Die Haftpflicht des Unternehmers von verkehrsnützlichen, aber mit Gefahren für die Allgemeinheit verbundenen Betrieben (Eisenbahn, Fabrikbetriebe usw.) und die Haftung desjenigen, der einen Verkehr auf einem Grundstück oder in einer Wohnung eröffnet (Warenhausbesitzer, Gastwirt, Hausbesitzer, Theaterdirektor) kann zu den deliktsähnlichen Fällen der Verkehrshaftung gerechnet wer-

den; denn hier besteht eine Haftpflicht gegen jedermann, ohne Rücksicht auf bestimmte persönliche Beziehungen [1]).

3) Indes unterliegen in gewissen Fällen auch geschäftliche Beziehungen zu bestimmten Personen der Haftung, ohne daß ein Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne, also ein Vertrag oder eines der einseitigen Rechtsgeschäfte des BGB. (Stiftung, Auslobung, Schuldverschreibung auf den Inhaber, Vermächtnis) getätigt worden ist. Denn „zwischen den nur gesellschaftlichen und den rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien bildet vielfach nicht erst der fertige Vertrag, sondern schon der Eintritt in Vertragsverhandlungen die Grenze [2])." Die rechtlichen Beziehungen zwischen zwei vertragschließenden Parteien erschöpfen sich nicht in der durch den konkreten Vertrag festgelegten Leistung, sie beginnen schon vor Abschluß des Vertrages und sind noch nicht zu Ende mit der beiderseitigen Erfüllung des Vertrages. Sie bestehen sogar neben den in einem wirksamen und in Abwicklung befindlichen Vertrage enthaltenen rechtsgeschäftlichen Beziehungen, die durch das Geschäft sanktioniert sind (Staub'sche Theorie der sogen. positiven Vertragsverletzungen), fort [3]). Was den Verschuldungsgrad anlangt, so wird in all diesen Fällen der Verkehrshaftung im weiteren Sinne, teils ohne jede Schuld lediglich für die Verursachung, teils nur für fahrlässiges Verhalten (culpa) gehaftet. Für Arglist besteht ebenfalls eine Haftpflicht, die sich ohne besondere Begründung durch eine lückenausfüllende Rechtstheorie bereits unmittelbar aus dem Gesetz (§§ 823 Abs. 2, 826) ergibt.

a) Die Entwicklung der Systematik des Obligationenrechtes im Meinungs- und Quellenstreit des gemeinen Rechts hat es mit sich gebracht, daß die Frage des „Schadenersatzes bei nichtigen und nicht zur Perfektion gelangten Verträgen" zuerst dazu geführt hat, eine Fallgruppe der von uns gemeinten Art, nämlich der Verkehrshaftung im weiteren Sinne, festzustellen und zu analysieren (Ihering'sche culpa in contrahendo)[4]). Auch für das Recht des BGB.

[1]) vgl. Titze, Verschulden bei Vertragsschluß, Hwb.f.RW. VI, S. 516.
[2]) Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit in JherJ. 70 S. 258.
[3]) Herholz, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, Arch. Ziv.Prax. Bd. 130 S. 276 unterscheidet beim Vertrag zwischen der Rahmenbeziehung und der durch den konkreten Vertrag geschaffenen Leistungsbeziehung.
[4]) Ihering, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, JherJ. IV, S. 1 ff.

tauchte jene allgemeine Frage gleichfalls unter diesem eng begrenzten Gesichtspunkte auf (Leonhard, Theorie vom Verschulden beim Vertragsschluß) [5]). Das lag, wie schon Meisner [6]) vorausgesagt hatte, daran, daß das BGB. hinsichtlich der Systematik der Schuldverhältnisse die Lehre des gemeinen Rechts, insbesondere die Savignys übernommen hatte. Savigny [7]) hatte gelehrt: „culpa ist garnicht allgemein eine causa obligationis, wie es der Betrug allerdings ist. Nur wo ein wirklicher Vertrag vorhanden ist, . . . da ist dieser eine causa obligationis und die daraus entspringende Obligation kann durch culpa wie durch Betrug modifiziert und erhöht werden". Bei einer solchen Formulierung der Begründungsursachen für Schuldverhältnisse mußte die Frage auftauchen, ob nicht in einigen Fällen doch für culpa gehaftet wird. Diese Fragestellung wurde nach Iherings Vorgang in Beziehung gebracht zu der ganz anderen Frage, ob auch bei „nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen" eine Haftung konstruiert werden könnte für ein schadenstiftendes Verhalten bei Abschluß eben dieser nichtigen oder bei der Verhandlung über diese nicht vollzogenen Verträge. Auf diese recht zufällige Art entstand das Scheinproblem der sogen. culpa in contrahendo. Unter dieser Überschrift ist es üblich geworden, eine Reihe zum Teil ganz inkongruenter Fälle zu behandeln, denen weder die Culpahaftung noch das „in contrahendo" gemeinsam ist. Bei diesen Fällen reichen daher zur Begründung des von der Billigkeit geforderten Schadensausgleiches weder die Verkehrshaftungs- noch die Deliktshaftungsgrundsätze aus. Eine befriedigende Haftungsbegründung kann nur gefunden werden, wenn sie nicht auf Parteiwillen und Vorsatz, sondern auf Parteiverhalten und Veranlassung abgestellt wird. Gegenüber der zufälligen und allzu eng begrenzten Problemstellung der heutigen Lehre hinsichtlich dieser Gruppe von Fällen ist es wichtig, die Fälle nach ihren wirklichen Zusammengehörigkeitsmerkmalen zu ordnen. Wie schon ausgeführt, werden entsprechend der Systematik des BGB. zwei Hauptgruppen zu unterscheiden sein: einmal die Fälle, in denen jemand gerade in seiner Eigenschaft als Vertrags- oder Vertrags-

[5]) Leonhard, Verschulden bei Vertragschluß, 1910.
[6]) Das Recht der Schuldverhältnisse, S. 25.
[7]) System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, S. 295.

verhandlungspartner geschädigt wird, zum anderen die Fälle, in denen ein Teil vielleicht anläßlich der Vertragsverhandlungen aber nicht gerade in seiner Eigenschaft als in persönlichen Beziehungen zu dem Schädiger stehender Vertragsgegner einen Schaden erleidet. Von diesen beiden Hauptgruppen, die noch weiter unterzugliedern sind, interessiert sich die folgende Arbeit vor allem für die erstere, besonders mit Rücksicht darauf, daß hinsichtlich dieser Fälle die allzu rasch zur Geltung gekommene Lehre Leonhard's in neuerer Zeit eine Festlegung der Rechtsprechung herbeizuführen droht, die das ganze Problem auf eine schiefe Ebene bringt.

aa) Die Hauptgefahr geht von der Vermengung mit dem Problem der Culpahaftung aus, die für sich eine ganz selbständige Frage bildet. Sie entstand aus dem Bestreben, als Parallele zu der in § 826 BGB. enthaltenen actio doli des römischen Rechts eine ac ito culpa zu schaffen, wie sie der code civil kennt (Art. 1382) [8]). Die in §§ 823 ff. BGB. enthaltenen Deliktsklagen des gemeinen Rechts, so die actio furti, actio legis Aquilia usw. sind auf einzelne ganz bestimmte Deliktstatbestände beschränkt; eine allgemeine Vermögensbeschädigung wird von ihr nicht erfaßt. Nun ist es aber klar, daß die Bezeichnung actio de dolo eine unvollständige Kennzeichnung des betreffenden Instituts ist; denn gehaftet wird nicht für dolus, sondern für ein widerrechtliches und doloses Handeln. Wie bei den Kontrakten wird auch bei den Delikten die allein schuldbegründende Pflicht- oder Rechtswidrigkeit — nach Savigny's Ausdrucksweise (s. oben S. 4) — „durch culpa wie durch Betrug modifiziert und erhöht". Das entspricht allein auch der Systematik der modernen Gesetzbücher und des BGB. In den Bestimmungen des BGB. über die unerlaubten Handlungen steht die widerrechtliche Handlungsweise regelmäßig im Vordergrund; das Willensmoment (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) ist tatsächlich nur modifizierendes Nebenmerkmal. Das ergibt sich schon daraus, daß dieses Willensmoment in einzelnen Fällen (z. B. §§ 829, 833 BGB.) überhaupt nicht zum Tatbestand gehört [9]). Allerdings ist bestritten, ob das BGB. in allen Fällen unerlaubter Handlungen

[8]) vgl. Crome, Grundzüge des römischen Privatrechts, S. 205.

[9]) vgl. hierzu vor allem Gierke, DPrivR., III. Bd., S. 212, III, 2, Anm. 31 und S. 113, sowie S. 313 ff.

Rechtswidrigkeit vorausſetzt; für die Fälle der §§ 826, 833 835 wird dies bezweifelt [10]). Jedenfalls enthält aber die Hauptbeſtimmung über die unerlaubten Handlungen, der § 823, das Wort „widerrechtlich" ausdrücklich im Tatbeſtand. In gleicher Weiſe ſpricht der Art. 1382 des code civil von einem fait illicite, ebenſo haben das Preußiſche ALR. in § 8 I 6 und das Schweizeriſche Bundesgeſetz betreffend das Obligationenrecht vom 30. III. 1911 in Art. 41 den Begriff der Widerrechtlichkeit als Tatbeſtandsmerkmale ausdrücklich aufgenommen. In der franzöſiſchen Überſetzung des Schweizeriſchen Geſetzbuchs wird dafür der Ausdruck „ dune manière illicite" gebraucht, der anſtelle des früheren Ausdruckes „sans droit" getreten iſt [11]).

Wenn demnach die Bezeichnung actio doli einen gedanklichen Kurzſchluß darſtellt, ſo gilt das Gleiche für eine neu einzuführende actio culpae. Es kann ſich immer nur darum handeln, ob durch ein vorkontraktliches oder außerkontraktliches Verhalten die fahrläſſige Verletzung von Rechtspflichten oder Rechtsgütern herbeigeführt wird. Da das BGB. für ſolche Fälle nur bei doloſem Verhalten Vorſorge getroffen (Motive II, S. 756; I, S. 208), die Frage der Haftung bei fahrläſſigem Verhalten aber unbeſtimmt gelaſſen hat (Motive I, S. 195, 228) [12]), ſo iſt es verſtändlich, daß das Problem der vor- und außerkontraktlichen Haftung zunächſt unter dem Geſichtspunkt der Culpahaftung [13]) aufgefaßt wurde. Geppert [14]), der ſich dieſer Entwicklung anſcheinend bewußt iſt, überſchreibt deshalb ſeinen Beitrag zu dieſer Lehre „Fahrläſſigkeit beim Vertragſchluß". Auch Steinberg [15]) verſteht „culpa" zunächſt im engeren Sinne und ſpricht im Anfang von Fahrläſſigkeit beim

[10]) vgl. hierzu Oertmann, Komm. Vorbem. 1 u. 2 vor § 823.

[11]) vgl. hierzu und insbeſondere auch über die ſubjektive und objektive Theorie der Rechtswidrigkeit. Oſer's Kommentar, S. 177 ff. Nach Art. 2 Abſ. 1 des Schweiz.ZGB. beſteht eine Rechtspflicht zum Handeln nach Treu und Glauben, ſo daß jede Schadenszufügung wider Treu und Glauben widerrechtlich iſt.

[12]) vgl. hierzu auch Meißners Komm. S. 24 u. 25.

[13]) ſo Jhering in JherJ. 4; er geht davon aus, daß das legislative Motiv der Klage die culpa ſei (S. 33 ff.) und nimmt überall eine unwiderlegliche Schuldvermutung an; denn die culpa iſt abſtrakt und „ohne Rückſicht auf individuelle Umſtände" (S. 36) zu beſtimmen.

[14]) in GruchBeitr. Bd. 69, S. 529.

[15]) Die Haftung für culpa in contrahendo.

Vertragsschluß, kann aber diesen Sprachgebrauch nicht durchhalten; die Frage erweitert sich für ihn von selbst zu der allgemeineren nach dem Verschulden beim Vertragsschluß. Dies folgt auch ganz allgemein aus der Stellungnahme zu Leonhards Theorie vom Verschulden beim Vertragschluß; denn Leonhard [16]) versteht unter culpa in weiterem Sinne Vorsatz und Fahrlässigkeit zugleich als haftungsbegründendes Verschulden. Eine solche Fragestellung entspricht schon viel eher der Systematik des BGB. und ist frei von der zufälligen historischen Entwicklung des Problems. Dem Verschulden bei Vertragserfüllung stellt Leonhard [17]) das Verschulden beim Vertragsschluß gegenüber, indem er die Theorie vertritt, daß die Vertragspflichten schon mit den Vertragsverhandlungen beginnen. Bei diesem systematisch richtig liegenden Ausgangspunkt von den vorvertraglichen Vertragspflichten durfte Leonhard aber niemals sein Institut „Verschulden beim Vertragsschlusse" nennen und die Entscheidung lediglich auf die Begriffe Schuld und Haftung abstellen. Es hätte vielmehr eine Untersuchung über die in Frage kommenden vorvertraglichen Pflichten vorausgehen müssen. Die Frage nach Verschulden und Verschuldensgrad hätte erst in zweiter Linie in Betracht kommen dürfen.

bb) Durch diese von Anfang an schiefe Fragestellung ist das Problem der culpa in contrahendo in derartige Verwirrung geraten, daß das Reichsgericht in einer neueren Entscheidung [18]) auf den ganz abwegigen Gedanken verfallen ist, den § 276 BGB. als eine selbständige Quelle der Haftung anzusprechen. Die Vorschrift des § 276 bezieht sich, was nach Sinn und Wortlaut nicht bestritten werden kann, auf schon bestehende Schuldverhältnisse. Sie ist eine unselbständige Vorschrift; denn sie dient nur zur näheren Bestimmung des Umfanges der Vertretungspflicht („der Schuldner hat ... Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten"). Das Reichsgericht schließt nun umgekehrt: wer vorsätzlich oder fahrlässig handelt, ist Schuldner und hat demgemäß Vorsatz und Fahrlässigkeit nach § 276 zu vertreten. Das ist ein unhaltbarer Kreisschluß [19]).

[16]) Verschulden beim Vertragschluß, S. 65.
[17]) Verschulden beim Vertragschluß, S. 42.
[18]) RG. 106, 25.
[19]) vgl. vor allem Zitelmann, in Bonner Festgabe für Krüger, S. 266, 277.

b) Die falsche Auffassung des § 276 und der Fahrlässigkeit als alleiniger und selbständiger Haftungsgrundlage erklärt sich zum Teil aus der Definition der Fahrlässigkeit, die der § 276 enthält: „fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt." Diese von dem römisch-rechtlichen Utilitätsprinzip [20]) beeinflußte Definition der Fahrlässigkeit ist vielleicht praktisch, aber im übrigen unwissenschaftlich. Denn sie definiert einen Verschuldensgrad mit einer Pflichtverletzung, d. h. die Schuld durch die Rechtswidrigkeit, während doch diese beiden Elemente streng voneinander zu unterscheiden sind. Man kann die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auch bewußt und willentlich außer Acht lassen und dann liegt, wenn eine derartige Sorgfaltspflicht gerade Gegenstand des betreffenden Schuldverhältnisses war, Vorsatz und nicht Fahrlässigkeit vor. Fahrlässigkeit gehört zu den Bewußtseins- und Willenselementen im Tatbestand und muß deshalb lediglich von der psychologisch-ethischen Seite her definiert werden. Zum Unterschied vom Vorsatz, bei dem der Schuldvorwurf die Gestaltung eines bestimmten Willensaktes betrifft, richtet sich der Schuldvorwurf bei der Fahrlässigkeit gegen die ungenügende Anspannung des Willensvermögens im allgemeinen und die darin zum Ausdruck kommende Geringschätzung von Rechtsgütern und Interessen [21]). Auch im Strafrecht findet sich diese unklare Bestimmung eines Schuldgrades durch die Angabe einer Pflichtwidrigkeit. Einerseits wird gelehrt, daß Schuld eine innere Einstellung des Täters ist, „auf Grund derer ihm die objektiv rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung als subjektiv pflichtwidrig zugerechnet werden kann" [22]); andererseits wird die Fahrlässigkeit darin erblickt, daß der Täter die Sorgfalt außer Acht läßt, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet und fähig ist, und deshalb nicht voraussieht, daß sich der Tatbestand der strafbaren Handlung verwirklichen kann oder, obwohl er dies für möglich hält, darauf vertraut, daß es nicht geschehen wird" [23]). Die Unterscheidung von bewußter und unbewußter Fahr-

[20]) vgl. Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht. Festgabe für O. Gierke, Breslau, 1910.

[21]) so Oertmann, Komm., Nr. 1 b, zu § 276.

[22]) Kohlrausch, StGB., Anm. 1 zu § 59.

[23]) vgl. Kohlrausch, StGB. zu § 59, sowie StG.Entwurf von 1927, § 19; RGSt. 58, 130.

lässigkeit, die sowohl im Zivil- wie im Strafrecht gemacht wird, ist unsystematisch; denn bei unbewußter Fahrlässigkeit liegt in Wirklichkeit eine sozusagen halb bewußte Handlungsweise vor. Die Vorwerfbarkeit dieser Handlung aber beruht auf dem grundsätzlich egoistischen Verhalten, das die Konzentration auf die Beachtung fremder Interessen verhindert, nicht aber auf der Verletzung dieser Verkehrspflicht selbst, die an sich rein zufällig und daher nicht haftungsbegründend sein kann. Wenn die unbewußte Fahrlässigkeit auf das „Erkennen- und Vermeidenmüssen" gestützt wird [24]), so bedeutet das nur, daß eine gesetzliche Vermutung dahin besteht, daß bei Verletzung einer verkehrsmäßigen Sorgfaltspflicht ohne weiteres die rücksichtslose Gesinnung bei dem Verletzenden angenommen werden kann, die der wirkliche Grund der Haftung bei nicht luxuriöser Fahrlässigkeit ist.

Die herkömmliche Definition der Fahrlässigkeit in § 276 BGB. erklärt einigermaßen das Mißverständnis der Lehre von der culpa in contrahendo und die abwegige Auffassung des § 276 BGB. als selbständigen Haftungsgrundes. Denn scheinbar liegt ein vollständiger Tatbestand vor, nämlich eine normierte Rechtspflicht einerseits — die im Verkehr erforderliche Sorgfalt —, und ein Verschuldensgrad andererseits — das Außerachtlassen. Nach dem oben Ausgeführten kann es aber nicht zweifelhaft sein, daß hier, wenn auch auf eine etwas unklare Art, nur das innere Tatbestandselement definiert ist, während das äußere, die Rechts- und Pflichtwidrigkeit, aus anderen Gesetzesbestimmungen oder sonstigen Rechtsquellen entnommen werden muß.

II. Es wird behauptet, daß es schon vor Erlaß des BGB. in einzelnen Landesrechten, z. B. im Preußischen Allgemeinen Landrecht, eine Haftung für culpa in contrahendo gegeben habe [25]). Das Pr.ALR. enthält folgende Bestimmungen, die hier in Frage kommen könnten:

1) I. Teil, 5. Titel, § 285, wonach derjenige dem andern das ganze Interesse vergüten muß, der bei der Abschließung oder Erfüllung eines Vertrages seine Pflicht vorsätzlich oder grob fahrlässig verletzt.

[24]) Enneccerus-Nipperdey, § 197 I, 1 b, S. 658.

[25]) Gegen die Auslegung des Pr.ALR. in diesem Sinne wendet sich Geppert in Gruch. 69, 529.

2) § 320 ebendort, wonach der Geber den Empfänger schadlos halten muß, wenn durch sein Verschulden sich der Empfänger der gegebenen Sache nach dem Inhalt und der Natur des Vertrages nicht bedienen kann.

3) § 284 ebendort, wonach dasjenige, das wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden Schuldgrades Rechtens ist, auch für den Fall gelten soll, wenn einer der Kontrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat.

Das Wesentliche an diesen Bestimmungen besteht darin, daß in erster Linie von Parteipflichten die Rede ist und das Verschulden nur eine modifizierte Rolle spielt. Ferner setzen diese Bestimmungen, genau so wie § 276 BGB., positive Vorschriften des speziellen Teils voraus, die sie ihrer allgemeinen Natur wegen zu ergänzen bestimmt sind. Wenn von einem Institut der Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluß unmittelbar nicht gesprochen werden kann, so war doch in § 284 I 5 Pr.A.L.R. eine allgemeine Regelung der Haftpflicht für die Verletzung von den Vertragsabschluß begleitenden Pflichten enthalten [26]).

Auch im BGB. gibt es hierfür keine Haftung, wie selbst Leonhard, der Begründer der neuen Lehre vom Verschulden bei Vertragschluß in seiner Doktordissertation noch zugestanden hat [27]). Vierzehn Jahre später glaubte Leonhard [28]) dennoch aus dem Wesen des nach Treu und Glauben ausgelegten Vertrages im Sinne des BGB. eine Haftung für das Verschulden beim Abschluß eines wirksamen Vertrages ableiten zu können, wofür er in der Hauptsache eine Rechtfertigung in den Bedürfnissen der Praxis zu finden glaubte. Er hielt die Haftung für Vertragschuld, wie er sie nannte, deshalb für praktisch unentbehrlich, weil andere Rechtsbehelfe in den von ihm angeführten Fällen nicht gegeben seien. Es ist vielleicht nicht überflüssig, die verschiedenen Möglichkeiten und den Grund ihrer Ablehnung hier aufzuführen.

---

[26]) anders Dernburg Pr.Priv.R. 5. Aufl. 2, § 16 und Mommsen, Erörterungen aus d.Obl.R., die behaupten, daß Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung ein gültiges Zustandekommen des nachfolgenden Vertrages sei.

[27]) Leonhard, Diss. Göttingen 1896.

[28]) Leonhard, Verschulden beim Vertragschluß, S. 42 ff.

Die Annahme eines Erfüllungsverschuldens soll nur bei Gattungsschulden möglich sein, nicht aber bei Speziesschulden[29]). Die Siber'sche Annahme einer Erfüllungsverzögerung sei wenig überzeugend, weil dabei Mahnung und Fälligkeit fingiert werden müßten. Die gekünstelte Annahme der Verletzung einer Mitteilungs- und Erkundigungspflicht bei der Lieferung sei nicht ausreichend, weil Mitteilungen in diesem Zeitpunkt häufig schon zu spät kämen. Das Gleiche müsse gelten für die Annahme einer Mitteilungspflicht unmittelbar nach Vertragschluß; denn sie werde nur vertreten zur Rechtfertigung der Theorie vom Erfüllungsverschulden. Mitteilungspflichten zur Erfüllung des Vertrages zu rechnen, müßte ferner zu der ganz unerträglichen Konsequenz führen, daß auch für das Schweigen der Unterorgane gehaftet werden müßte, die nur bei der Erfüllung, nicht aber beim Vertragschluß mitwirkten[30]). Die Haftung für fahrlässige Angaben während der Vertragsverhandlungen könne ferner bei der Erfüllungstheorie überhaupt nicht untergebracht werden. Auch die Annahme einer unerlaubten Handlung sei bedenklich. Erstens sei die Vertragsschuld nicht rechtswidrig sondern pflichtwidrig; zweitens bestehe nach § 823 BGB. nur für die Verletzung von Personen und Rechten, nicht aber für die des Vermögens eine Haftpflicht. Auch sei es bei der Annahme einer unerlaubten Handlung nicht möglich, bei unentgeltlichen Verträgen eine mindere Haftung eintreten zu lassen. Ferner paßten die Regeln über die Gehilfenhaftung und die Verjährung schlecht auf diese Fälle. Die Ableitung der Haftung aus stillschweigender Zusage sei eine willkürliche Fiktion. Die Annahme einer Zusage sei vielleicht dem Käufer sehr erwünscht, nicht aber dem Verkäufer, der ohnehin durch die Wandlungs- und Minderungsrechte des Käufers sehr ungünstig gestellt sei. Mit solchen fingierten Parteiabreden operiere man überall da, wo man den praktischen Härten falscher Theorie entgehen wolle. Auch aus dem Gesichtspunkt der Wandlung ließen sich die erforderlichen Ersatzansprüche nicht ableiten. Zunächst seien die für die Wandlung geltenden Vorschriften über die Verwendungen des gutgläubigen Besitzers (§§ 467, 347, 994) nicht ausreichend, da zu diesen Verwendungen nur diejenigen gehörten, durch die der Käufer

[29]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 24, 25.
[30]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 27, 29.

die Sache erhalten, nicht aber diejenigen, durch die er sie für sich brauchbar gemacht hatte. Auch die Ersatzansprüche aus dem für die Wandlung geltenden Rücktrittsrecht genügten nicht. Schließlich sei es auch irrig, den Verkäufer bei der Wandlung grundsätzlich länger haften zu lassen als den Käufer.

In diesem Zusammenhang ist die Feststellung von Bedeutung, daß selbst dann, wenn der Kritik Leonhards in allen Punkten beigestimmt wird, keine Notwendigkeit besteht, die Schlußfolgerung anzunehmen, die er daraus zieht. Leonhard zählt selbst unter die Voraussetzungen seiner Haftung die Pflichtverletzung, d. h. das Tatbestandselement der Rechtswidrigkeit. In den von ihm ausgeführten Fällen handelt es sich ausschließlich um die Verletzung von Anzeige-, Erkundigungs- und Erhaltungspflichten. Leonhard lehnt die Annahme einer allgemeinen Anzeigepflicht ab, weil den Parteien eine Pflicht zur Mitteilung nachteiliger Tatsachen nicht zugemutet werden könne. Das sei, so führt er aus, vielleicht eine ethische, aber keine rechtliche Forderung. Demnach müsse von Fall zu Fall nach Treu und Glauben geurteilt werden, was z. B. der Verkäufer mitzuteilen habe und was er verschweigen dürfe. Es ist selbstverständlich richtig, daß der Umfang der Anzeige- und Erhaltungspflichten sich in vielen Fällen nach Treu und Glauben bestimmt. Das darf aber nicht dazu führen, die Pflichtwidrigkeit als Moment zweiten Ranges zu behandeln und die Haftung ganz allgemein auf Verschulden zu stützen. Leonhard [31]) kann es auch selbst nicht vermeiden, die Entscheidung bei der Prüfung der Schuldfrage auf die Besonderheit der schuldhaft verletzten Pflichten abzustellen. Daraus geht hervor, daß die Leonhard'sche Konstruktion zumindest unrichtig benannt ist. In Wirklichkeit handelt es sich in den Leonhard'schen Fällen immer nur um ganz bestimmte Anzeige- und Erhaltungspflichten während der Vertragsverhandlungen, die sämtlich im Gesetz schon vorgebildet sind. Diese Pflichten sind nicht auf die Vertragsverhandlungen beschränkt; vielmehr bestehen sie neben den eigentlichen Vertragspflichten fort, selbst auch nach Auflösung des Vertrages. Es gibt also keine *besondere* Haftung für ein spezifisches Verschulden beim Vertragschluß, sondern lediglich eine Haftung für bestimmte Anzeige- und Erhaltungspflichten, die neben den ausdrücklich vereinbarten Vertragspflichten

[31]) Verschulden beim Vertragsschlusse, S. 62, 63.

bereits während der Vertragsverhandlungen und beim Vertragschluß gegeben sind.

Da es sich um die Einführung und Begründung im einzelnen nicht festgesetzter Pflichten handelt, ist eine bestimmte Kennzeichnung dieser Pflichten erforderlich.

Zweites Kapitel.

Die vorvertraglichen Pflichten beim Vertragsschluß.

I. Bei seiner Stellungnahme zu Staub's Theorie der positiven Vertragsverletzung hatte Krückmann [32]) im Anschluß an die ältere Auflage des Planck'schen Kommentars darauf hingewiesen, daß es im Grunde nur zwei Arten jener — von ihm abgelehnten — allgemeinen Sorgfaltspflicht gebe, deren Verletzung Staubs Theorie zum Gegenstande hat, nämlich „sorgfältiges Behandeln der Sache und Anzeigen" [33]). Er nennt diese beiden Pflichten Verschuldensformen im Gegensatz zu den Verschuldensgraden (Vorsatz und Fahrlässigkeit). Gemeint sind natürlich Tatbestände der Rechtswidrigkeit. Das Gleiche ist dann auch für die vor- und außerkontraktlichen Schuldverhältnisse wohl zuerst von Siber behauptet und belegt worden.

Siber [34]) nimmt außerhalb der im BGB. unmittelbar geregelten Fälle folgende vorvertraglichen Anzeige- und Erkundigungspflichten an:

1) Eine allgemeine Pflicht nach Analogie des § 694 BGB. in verwandten Schuldverhältnissen. Beispiel: Unverlangte Zustellung

[32]) Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, ArchZivPrax., Bd. 101, S. 181 u. 202 ff. vgl. hierzu Kohler, ArchBürgR. 25, 164 ff.; Siber, Theorie von Schuld u. Haftung, JherJ. 50, S. 269, Anm. 2 u. S. 176; Wendt, Unterlassungen u. Versäumnisse, S. 129 ff.; Predari in seiner Besprechung zu Krückmanns Aufsatz, Gruchots Beiträge, 52, 470; Zitelmann, in Bonner Festgabe für Krüger, S. 274 ff.; Kisch in KritVSchr. 44, 521 ff.; P. Klein, Anzeigepflicht im Schuldrecht, S. 101 ff.

[33]) Krückmann, ArchZivPrax. 101, S. 203.

[34]) in Plancks Komm. (1914) vor §§ 275 ff., I, 4.

von Waren. In allen derartigen Fällen der freiwilligen oder unfreiwilligen Begründung eines Obhutverhältnisses über fremde Sachen hat derjenige, der dem andern die Sachen in Verwahrung gibt, die Pflicht, eine gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache dem Verwahrer anzuzeigen. Ferner hat er die Pflicht, zur Vermeidung fahrlässiger Unkenntnis, sich vor Hingabe der Sachen zur Verwahrung über deren gefahrdrohende Beschaffenheit zu erkundigen, wobei Nichterkundigung und Nichtanzeige eine Schadensersatzpflicht herbeiführt, es sei denn, daß der Verwahrer die gefahrdrohende Eigenschaft selbst kannte.

2) Eine allgemeine Anzeige-, aber keine allgemeine Erkundigungspflicht auf Grund der Vorschriften über Rechts- und Sachmängel (§§ 443, 463, 540, 637). Diese Anzeigepflicht soll nicht auf Mängel beschränkt sein, sondern sich auf alle der einen Partei bekannten Tatsachen erstrecken, deren Unkenntnis den Gegner offensichtlich, — nicht nur möglicherweise —, zum Vertragschluß bestimmt. Es soll auch eine Verpflichtung bestehen, eine Frage nicht mit ja oder nein zu beantworten, wenn man tatsächlich nichts Sicheres darüber weiß.

Weiterhin nimmt Siber bei Planck[35]) an, daß bei Vertragsverhandlungen vor Vertragschluß unter Umständen schon ein namenloser Schuldvertrag zustande kommt, der gewisse Nebenpflichten zur Wahrung der Interessen des Gegners zum Gegenstand hat. Ein solcher Vertrag kann z. B. in dauernder Geschäftsverbindung erblickt werden. Nur bei Annahme solcher Vorverträge können durch Anwendung des § 157 BGB. im Wege der Vertragsauslegung weitere Anzeige- und Erhaltungspflichten begründet werden. Gegenstand eines solchen namenlosen Schuldverhältnisses können sein:

3) allgemeine Erhaltungspflichten bezüglich einer Sache. Beispiele: die einem Vertragslustigen zur Besichtigung ausgehändigte Sache; der bei einem Gastwirt tagsüber eingestellte Wagen; die verlangte Ansichtssendung (bei der unverlangten Ansichtsendung ist der Empfänger nur zur Unterlassung der Beschädigung verpflichtet, was als das Minimum einer Erhaltungspflicht angesehen werden kann).

4) Pflichten zur Erhaltung der persönlichen Sicherheit. Beispiel: Einladung zur Besichtigung der Warenauslagen von

[35]) s. Anm. 34 der Arbeit u. Siber, Dogm. Jahr. 70, 259.

Kaufhäusern; Bestellung von Handwerkern in die Wohnung; Eröffnung eines Ladens; Betrieb eines Wirtshauses, einer Eisenbahn, eines Karussels.

5) Erhaltungspflichten am Vermögen eines Dritten. Beispiel: Liegenlassen von Firmenstempeln, die zu Wechselfälschungen mißbraucht werden; unvorsichtige Aufbewahrung von Scheckbüchern; Verletzung von Amtspflichten.

6) allgemeine Anzeige-, Erkundigungs- und Erhaltungspflichten, die sich bei einer Auslegung der genannten namenlosen Vorverträge gemäß § 157 BGB. ergeben. Solche allgemeinen Pflichten bestehen auch in wirksamer Weise, wenn der später abgeschlossene Hauptvertrag selbst nichtig ist, z. B. bei Vertragsabschluß durch einen Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des Vormunds oder durch einen Geschäftsunfähigen. Bei Dienstverträgen soll sich dann die Sorgfaltspflicht bezüglich der persönlichen Sicherheit nach § 618 regeln, obgleich der Dienstvertrag selbst ungültig ist.

Eine analoge Ausdehnung der in § 362 Abs. II HGB. geregelten Erhaltungspflicht lehnt Siber ab, da diese Bestimmung wegen ihres spezifischen Zuschnitts auf das Handelsgewerbe nur einen Umkehrschluß gestattet. Abgelehnt wird gleichfalls eine analoge Ausdehnung der in §§ 307, 309 BGB. angeordneten Anzeige- und Erkundigungspflichten auf andere Fälle der Unwirksamkeit von Verträgen.

Die Siber'sche Aufstellung kann noch an Hand der Rechtsprechung des Reichsgerichts aus der neueren Zeit ergänzt werden. Dabei ist aber eine vorhergehende Erörterung der Begriffe Anzeige und Erkundigung unerläßlich.

Schon Klein [36]) hat im Anschluß an frühere Untersuchungen [37]) das Wort „Anzeige" in einem weiteren Sinne verwendet. Er versteht unter Anzeigepflicht nicht nur die Verpflichtung zur Anzeige, sondern auch die zur Benachrichtigung und Mitteilung, zur Androhung, Ankündigung, Anmeldung. Es ist sehr richtig, daß Klein mit einer Untersuchung der Terminologie des BGB. beginnt [38]). Das BGB. gebraucht die Ausdrücke Benachrichtigung (z. B.

[36]) Anzeigepflicht im Schuldrecht.

[37]) zu vergleichen Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, § 14 S. 128 ff.; Krückmann, ArchZivPrax. 101, 182.

[38]) Anzeigepflicht im Schuldrecht, S. 25.

§§ 411, 416 Abs. III, 1099 Abs. II), Mitteilung (§§ 415, Abs. I, 416, 510, 1099 Abs. I), Inkenntnissetzen (§§ 111, 174, 1881 Abs. I), auf etwas aufmerksam machen (§ 254 Abs. 2), Kundgebung (§ 171), sich melden (§§ 52, 382, 1171 Abs. III), Anmeldung (§§ 59, 67, 209), Ankündigung (§ 299), Androhung (§§ 303, 284). Das HGB. kennt noch die Ausdrücke „Nachrichtgeben" (§§ 373, Abs. 5, 388, Abs. 1 HGB.), in Kenntnis erhalten (§ 534 Abs. 2 HGB.), darlegen (§ 191 HGB.). Da Klein sich nur mit der Anzeigepflicht beschäftigt, erwähnt er nicht diejenigen Pflichten, die sich aus den Bestimmungen des BGB. über das „Kennenmüssen" ergeben, sowie über das fahrlässige „Nichtkennen" (z. B. die §§ 122 Abs. II, 179, 307, 523 Abs. II). In diesen Fällen kann man von einer Erkundigungspflicht sprechen [39]). Klein erwähnt ferner nicht die Auskunftspflichten, d. h. die Pflichten zur Mitteilung auf Verlangen des Gläubigers (z. B. §§ 1799, 1850 BGB.). Doch wird der Ausdruck „Auskunft" manchmal auch im Sinne von „Mitteilung", z. B. in den §§ 444, 841 Abs. I BGB., verwendet. Die Anzeige-, Erkundigungs- und Auskunftspflichten zusammen sollen im folgenden mit dem Ausdruck „Anzeigepflichten" gemeinsam bezeichnet werden, der allgemein genug ist, um alle Spielarten der hier in Betracht kommenden Pflichten zu umfassen. Nicht in Betracht kommen solche Pflichten zur Anzeige, Mitteilung usw., die auf einer ausdrücklichen, dahingehenden Parteivereinbarung beruhen [40]). Hier wären auch andere Spielarten von Anzeigenpflichten denkbar. Solche Abreden in Vertragsverhandlung stehender Parteien werden im allgemeinen ohne rechtliches Interesse sein, sie können höchstens unter dem Gesichtspunkt der Rechtstatsachenforschung herangezogen werden, bei der Prüfung analogie- oder gewohnheitsrechtlicher Anzeigepflichten. Denn der Sinn aller Untersuchungen in dieser Richtung liegt naturgemäß in erster Linie darin, dort zu helfen, wo weder auf Grund des Gesetzes noch auf Grund der vertraglichen Vereinbarungen die Möglichkeit einer unmittelbaren Ableitung von der Billigkeit oder vom Verkehrsinteresse geforderter Rechtspflichten besteht.

---

[39]) Siber, bei PlanckKomm. II 1, S. 187.

[40]) so richtig: Klein, Anzeigepflicht, S. 18 und Anm. 32.

II. Die Vorschriften des BGB. sind aber nicht nur von terminologischem Interesse für eine Untersuchung von vor- und außerkontraktlichen Vertragspflichten. Die Monographien und Kommentarnoten über das Verschulden bei Vertragschluß beginnen deshalb auch in der Regel mit einer Aufstellung der bereits im BGB. geregelten Anzeige- und Erhaltungspflichten, bei denen auch die außervertragliche Geltung feststeht oder angenommen werden kann [41]). Für unsere Zwecke empfiehlt sich, eine Gliederung nach der Art der betreffenden Pflichten, (Anzeige-, Mitteilungs-, Erkundigungs- oder Erhaltungspflichten). Eine Durchsicht der betreffenden Bestimmungen ergibt nämlich nicht die Notwendigkeit zur Einführung eines ganz allgemeinen neuen Tatbestandes, wie ihn die Lehre von der culpa in contrahendo vorsieht. In Wirklichkeit handelt es sich immer nur um ganz bestimmte Pflichten, die in die Gruppen der Anzeige-, Erhaltungs- und Garantiepflichten zusammenzufassen sind. Die letzteren sollen hier nicht erörtert werden, weil das Recht der Gewährschaft ein Institut für sich ist.

Von besonderer Bedeutung ist die Bestimmung des § 122 BGB. Sie beruht gleich den Vorschriften der §§ 179 Abs. II, 307, 309, wie aus den Motiven [42]) hervorgeht, auf dem Gedanken der von Jhering [43]) begründeten Schadensersatzpflicht bei nichtigen oder nicht zustande gekommenen Verträgen. Im Hinblick auf diese Entstehungsgeschichte der Vorschriften der §§ 122, Abs. I, 179 Abs. II wird angenommen, daß diese Vorschriften „doch gesetzliche Verwirklichungen der Jhering'schen unwiderleglich vermuteten culpa bedeuten" [44]). Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei Manigk; er führt aus, daß „in die Funktion der Willenserklärungen die Funktion der Schuldhaftung hineinrage" [45]); denn der Grund der Verantwortlichkeit für den Erklärungswert und für das nach Kenntnisnahme der Erklärung bei dem Erklärungsempfänger entstandene Vertrauen läßt sich nach Manigks Ansicht nur mit der Schuld des

[41]) s. Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 122 ff.; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 182; RGR. Komm. II, 1, S. 284; Leonhard, Schuldrecht, S. 545; Enneccerus-Lehmann, S. 152.

[42]) Motive zum 1. Entwurf, I, S. 195; II, S. 178.

[43]) JherJ. 4, 1 ff.; s. ferner Anm. 13 d. Arb.

[44]) Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 192, 123 Anm. 29.

[45]) Manigk, Irrtum u. Auslegung, S. 250, 252.

Handelnden verknüpfen [46]). Damit bekennt er sich zu dem Verschuldensprinzip, ohne hierfür im Gesetz (§§ 122 Abs. I, 179, Abs. II) eine ausreichende Stütze zu finden. Die grundsätzliche Annahme einer Schuldvoraussetzung in den Fällen der §§ 119, 120 BGB. erscheint abwegig; denn sowohl der Irrtum des § 119 als auch der Übermittlungsfehler des § 120 sind sehr wohl ohne Verschulden denkbar. Anders ist freilich im Falle des § 118 zu entscheiden; denn bei Abgabe einer nicht ernsten Willenserklärung entsteht eine Gefährdung des Vertrauens des Erklärungsempfängers, die der Erklärende bei ordnungsmäßiger Innehaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen mußte. Indes fehlt der Bestimmung des § 118 die bei den §§ 119, 120 vorhandene praktische Bedeutung. § 118 kann daher bei der Untersuchung des Grundes der Ersatzpflicht aus § 122 unberücksichtigt bleiben. Damit aber kommen wir im Hinblick auf den eindeutigen Inhalt der §§ 119, 120 zu dem Ergebnis, daß nicht die willkürlich unterstellte culpa [47]), sondern der Vertrauensschutz des Erklärungsempfängers für die Haftpflicht entscheidend ist. Auch folgt aus der Vorschrift des § 122, daß der Erklärende schon vor Vertragsschluß, aber auch beim Vertragsschluß selbst, zur Abgabe einer ernstlich gemeinten, irrtumsfreien und richtig übermittelten Willenserklärung verpflichtet ist. Es handelt sich also nicht um eine Mitteilungspflicht schlechthin, sondern um eine Pflicht zu richtiger, formgerechter Mitteilung. Eine solche Pflicht kann aber nicht als Anzeigepflicht betrachtet werden; es liegt vielmehr eine Gewährschaftspflicht vor, die auf dem im System des BGB. seltenen Fall des deutschrechtlichen Veranlassungsprinzips [48]) beruht. Die Bestimmung des § 122 Abs. I gehört also nur insofern hierher, als für ein *Verhalten* im Rechtsverkehr gehaftet wird. Dagegen ergibt sich aus § 122 Abs. II eine Erkundigungspflicht. Wenn der Geschädigte die Gründe der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit zwar nicht kannte, aber kennen mußte, verliert er seinen Schadensersatzanspruch. Es gilt also dann wieder der reine Parteiwille und nicht das Erklärte.

---

[46]) so auch Manigk in Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, Festgabe für Heymann, II. Bd., S. 642.

[47]) Daher ist § 122 nicht auf c. i. c. zurückzuführen, so Oertmann, Komm. § 122, Bem. 6; Komm. § 122, 1.

[48]) so Staudinger, Komm. § 122, Anm. 2; Enneccerus, § 159, Ziff. 5; H. Meyer, Das Publizitätsprinzip, S. 93.

Der Fall ist insofern eigenartig, als hier durch Verletzung der Erkundigungspflicht der Gegner einen Schadensersatzanspruch nicht gewinnt, sondern verliert. Das kommt aber, vom Vermögen des Verletzenden aus gesehen, wirtschaftlich auf dasselbe hinaus.

§ 179 Abs. II BGB. enthält ebenso wie § 122 Abs. I nicht eine Pflicht zur Kundgabe (der Vollmacht) schlechthin, sondern eine Pflicht zu richtiger Kundgabe, also eine Garantiepflicht[49]). Dagegen enthält Abs. III des § 179 BGB. wieder eine Erkundigungspflicht im gleichen Sinne wie § 122 Abs. II. Die Bestimmung des § 179 Abs. II gehört gleichfalls nur insoweit hierher, als wieder für ein Parteiverhalten gehaftet wird.

Nach den §§ 307, 309 BGB., die gleichfalls auf Iherings Anregung beruhen, ergibt sich eine Anzeige- und Erkundigungspflicht beim Vertragschluß hinsichtlich der Möglichkeit der Leistung. Aus Abs. I, Satz 2 des § 307 BGB. muß eine Erkundigungspflicht für die geschädigte Partei nach Art der im § 122 Abs. II und § 179 Abs. III enthaltenen Pflicht gefolgert werden. Diese Bestimmungen der §§ 307, 309 werden als die einzigen Fälle einer reinen Haftung für culpa in contrahendo bezeichnet[50]). Einer der Hauptgründe für die Annahme eines allgemeinen Prinzips der Verkehrshaftung[51]) ist die Regelung, die das BGB. für die Fälle der Unmöglichkeit der Leistung, insbesondere die Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen getroffen hat. Denn nach § 275 Abs. II steht das nachträglich eintretende (subjektive) Unvermögen der nachträglich eintretenden (objektiven) Unmöglichkeit gleich, d. h. der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, wenn er nicht etwa den die Unmöglichkeit oder das Unvermögen herbeiführenden Umstand zu vertreten hat. Der Gegenschluß aus § 275 II BGB. ergibt, daß das von vornherein bestehende Unvermögen des Schuldners der von Anfang an vorhandenen

[49]) von Tuhr, A. T., II, 1, S. 117, Anm. 93; II, 2, S. 447; nimmt allerdings auch in diesem Fall Verletzung einer Mitteilungspflicht an. Oertmann, Komm. S. 655, 4 c, nimmt gesetzliche Garantiepflicht an; ebenso wie Endemann, Lehrb. § 82 Nr. 2 a; Hupka, Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, S. 81 ff.; Crome, S. 448; Müller-Erzbach, ArchZivPrax., 106, 438 ff. nimmt Gefahrtragung an; Leonhard R., c. i. c., A. T. BGB. S. 329.

[50]) so insbes. d. Komm. Oertmann, Staudinger zu § 30.

[51]) so Staudinger-Werner, vor § 275 A, I, 2, S. 255.

Unmöglichkeit der Leistung nicht gleichzusetzen ist. Hieraus folgt aber, daß bei anfänglichem Unvermögen der Schuldner stets haftet für schuldhaftes Verschweigen oder schuldhafte Nichtkenntnis von Tatsachen, die ein Erfüllungshindernis darstellen. Das bedeutet aber, daß vor und bei Vertragschluß für denjenigen, der eine Leistung verspricht, eine Anzeige- und Erkundigungspflicht besteht hinsichtlich der in seiner Person liegenden Vorbedingungen der Leistung oder Leistungsbehinderung. Diese Anzeige- und Erkundigungspflicht ist ein Ausfluß der allgemeinen Verkehrspflicht, Leistungen so zu erbringen, „wie sie nach dem Durchschnittsmaß von jedem Menschen bezw. von einer größeren oder kleineren Gruppe von Menschen sehr wohl erbracht werden können“ [52]). Hierher gehören z. B. die höchstpersönlichen Leistungen, der Fall des berühmten Malers, der das verlangte Bild nicht herstellen kann, weil sein Arm gelähmt ist.

In einer Reihe von gleichlautenden Bestimmungen ist ferner eine Schadensersatzpflicht oder ein anderer Rechtsnachteil angeordnet für arglistiges Verschweigen von Sach- oder Rechtsmängeln. So ist nach den §§ 443, 476, 540 und 637 die Vereinbarung über Ausschluß oder Beschränkung der Haftung des Verkäufers, des Vermieters und des Werkunternehmers für Rechts-, Sach- und Werkmängel nichtig, wenn die Mängel arglistig verschwiegen sind. Es ergibt sich daraus eine vorvertragliche Pflicht zur Anzeige solcher Mängel zwecks Vermeidung der Nichtigkeit des Gewährschaftserlasses. Man kann aus diesen Vorschriften — worauf Steinberg [53]) hinweist, — den Schluß ziehen, daß grundsätzlich eine Anzeigepflicht bezüglich der Mängel besteht und die Haftung hierfür, abgesehen von den Fällen der Arglist, ausgeschlossen werden kann. Nach den §§ 463, 480 Abs. II, 523 Abs. I, 524 Abs. I, 600 und 624 Abs. II BGB. besteht eine Schadensersatzpflicht für arglistiges Verschweigen von Sach- und Rechtsmängeln. Und zwar handelt es sich bei den §§ 523 Abs. I und 524 Abs. I um Anzeigepflichten des Schenkers bezüglich Rechtsmängeln und Sachfehlern, bei § 600 um eine Anzeigepflicht des Verleihers gleichfalls bezüglich der Rechtsmängel und Sachfehler, und bei § 1624 Abs. II um die

[52]) Fischer. Unmöglichkeit . . . S. 13; Lehmann, Unterlassungspflicht, S. 242.

[53]) Haftung für c. i. c., S. 20.

gleiche Verpflichtung eines Ausstattenden gegenüber dem ausgestatteten Kinde. Planck-Siber [54]) nimmt an, daß nach diesen Bestimmungen sowie nach den §§ 463 und § 480 Abs. II, nicht nur die arglistige sondern auch die vorsätzliche und fahrlässige Verletzung der Anzeigepflicht schadensersatzpflichtig macht. Und zwar soll bei Vorsatz und Fahrlässigkeit das negative Vertrauensinteresse geschuldet werden im Gegensatz zu dem Erfüllungsinteresse, das bei Arglist zu ersetzen ist [55]). Planck-Siber folgert daraus, daß ein Verzugsschaden vorliegt, für den nach den §§ 286, 276 BGB. einzustehen ist. Das folgt aus seiner noch zu erörternden Lehre, wonach es sich bei der Verletzung von Anzeigepflichten um Erfüllungsverzögerung handelt.

Aus § 463 BGB. ergibt sich eine Anzeigepflicht bezüglich der zugesicherten Eigenschaften beim Spezieskauf. Nach der überwiegenden Meinung [56]) liegt hier tatsächlich eine Haftung für das Verhalten bei Vertragschluß vor, nicht etwa eine vertragliche Gewährschaftspflicht. Allerdings wird hier für das Erfüllungsinteresse gehaftet, während im allgemeinen bei Verletzung vorvertraglicher Nebenpflichten nur das negative Vertrauensinteresse zu ersetzen ist. Nach Krückmann [57]), dem Siber [58]) folgt, ist die Haftung für das Erfüllungsinteresse eine Strafhaftung für den Verschuldensgrad der Arglist und zwingt nicht zu der Annahme einer Gewährschaftspflicht. Eine Gewährschaftspflicht liegt allerdings dann vor, wenn man sich der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts [59]) anschließt, nach der der Verkäufer nicht nur für arglistiges Verschweigen von Mängeln, sondern auch für die Täuschung über das Nichtvorhandensein von Mängeln oder das Vorhandensein nicht zugesicherter Eigenschaften haftet. Denn hieraus folgt nicht eine Pflicht zur Anzeige, sondern eine Pflicht zur richtigen und wahrheitsgemäßen Parteikundgebung, wie im Falle der §§ 122 Abs. I und 179 Abs. II (Seite 16, 18 der Arbeit).

---

[54]) bei Planck, Komm. II, 1, S. 199, N. b.b.
[55]) so schon Krückmann in JherJ. 59, 320 ff.
[56]) vgl. Steinberg, Anm. 25/30.
[57]) ArchZivPrax. 101, 196; JherJ. 59, 323.
[58]) bei Planck, Komm. II, 1, S. 197.
[59]) vgl. RGR. Komm. Bem. 5 zu § 463; Warneyer, Bem. VI, zu § 463; RG. bei Enneccerus-Lehmann, S. 368, Anm. 34; Modestus Lipsiensus im Recht 08 S. 500 ff. u. 739; Staub-Könige Anm. 86 zu § 377 HGB.

Indes kann der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die auch den Fall der betrüglichen Täuschung über das Vorhandensein nicht zugesicherter Eigenschaften der Vorschrift des § 463 BGB. eingliedert, nicht zugestimmt werden[60]). Sie setzt sich ohne Grund über die Wortfassung des § 463 hinweg, da eine Lücke im Gesetz im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 123, 823 Abs. II in Verbindung mit § 263 StGB., 826 BGB. nicht vorhanden ist und somit auch kein Bedürfnis für die weite Ausdehnung des § 463 BGB. besteht.

Eine dem § 463 BGB. entsprechende Bestimmung enthält der § 480 Abs. II BGB. für den Gattungskauf. Allerdings hat das Reichsgericht in einer Entscheidung[61]) angenommen, daß der maßgebende Zeitpunkt für das arglistige Verschweigen beim Gattungskauf der Zeitpunkt der Lieferung ist, da erst infolge der hierdurch eingetretenen Schuldbeschränkung eine bestimmte Sache geschuldet wird. Jedoch nehmen Krückmann[62]) und Klein[63]) mit Recht auch hier Verletzung einer vorvertraglichen Anzeigepflicht an. Einmal ergibt schon der Gesetzestext, daß sich die Bestimmung über den Gefahrübergang als maßgebenden Zeitpunkt nur auf die zugesicherte Eigenschaft und nicht auf das arglistige Verschweigen bezieht. Zum andern sind auch beim Gattungskauf Fälle denkbar, in denen die Billigkeit schon beim Vertragsabschluß gewisse Mitteilungen fordert z. B., wenn der Verkäufer erfahrungsgemäß oder aus einem andern Grunde weiß, daß die Jahreszeit, das Herkunftsland oder sonstige Momente auf die Gattungsware von schädlichem Einfluß sind[64]).

Hier ist noch nachzutragen, daß sich aus den §§ 523 Abs. II und 524 Abs. II BGB. eine vorvertragliche Erkundigungspflicht ergibt; denn der Schenker hat Schadensersatz wegen Nichterfüllung

---

[60]) Matthießen Jur.W. 08, 60 ff. und Recht 08, 670; Planck § 463 Anm. 8; Staudinger-Kober § 463 Anm. 3 c, der nach Anm. 8 b in diesem Falle nur Schadensersatz für das negative Interesse aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens beim Vertragsschlusse gewährt.

[61]) RG. in Warn. 1912, Nr. 159; vgl. auch RGR. Komm. Bem. 4 zu § 480.

[62]) ArchZivPrax. Bd. 101, 203 ff.

[63]) Anzeigepflicht, S. 116.

[64]) a. A. Steinberg, S. 18; Siber nimmt in JherJ. Bd. 50 S. 202 Schuldverzug an.

zu leisten, wenn ihm bei der Erfüllung eines Schenkungsversprechens ein Rechtsmangel der erworbenen Speziessache infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Wenn er grob fahrlässig einen Fehler der zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens erworbenen Gattungssache nicht gekannt hat, muß er eine fehlerfreie liefern. Weiter folgen noch vorvertragliche Anzeigepflichten daraus, daß die Bestimmungen über die Gewährleistung beim Kauf (insbesondere der § 443 BGB.) entsprechend gelten sollen, wie auch daraus, daß die Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung (§ 523 Abs. II) bezw. die Ersatzlieferungspflicht (§ 524 Abs. II) auch bei Kenntnis des Rechtsmangels bezw. des Sachfehlers verordnet ist. Nach § 524 Abs. II, Satz 2 BGB. besteht auch eine Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung für arglistiges Verschweigen, woraus gleichfalls eine Anzeigepflicht folgt. Planck-Siber [65]) nimmt mit Recht an, daß erst recht bei entgeltlichen Verträgen eine Erkundigungspflicht nach Rechts- und Sachmängeln sowie eine Pflicht zum Ersatz des negativen Vertrauensschadens anzunehmen ist, wenn solche Erkundigungspflichten bereits bei unentgeltlichen Verträgen kraft Gesetzes bestehen. Das ergebe „ein sicheres argumentum a maiore ad minus".

Eine auch als solche bezeichnete außervertragliche Anzeigepflicht enthält § 663 BGB. Öffentliche Geschäftsbesorger müssen die Ablehnung ihnen zugegangener Aufträge sofort anzeigen, wenn sie den Auftrag nicht annehmen wollen. Das Gleiche gilt für den, der sich einem bestimmten Auftraggeber gegenüber zur Geschäftsbesorgung erboten hat (§ 663, Satz 2), ferner für die Verpflichteten der Geschäftsbesorgungsverträge im Sinne des § 675 BGB., schließlich für die Rechtsanwälte (§ 30 RAO.).

In dem gleichen Falle enthält § 362 HGB. neben einer Antwortspflicht (Abs. I) auch eine Erhaltungspflicht der von dem Antragsteller mitgesandten Waren (Abs. II). Der Rechtsnachteil der Verletzung der Antwortspflicht aus Abs. I besteht nicht in der Haftung für das Vertrauensinteresse, sondern darin, daß der nicht Antwortende an den angetragenen Vertrag gebunden ist, genau so, als ob er ihn angenommen hätte.

§ 694 BGB. enthält eine vorvertragliche Anzeigepflicht für denjenigen, der eine Sache hinterlegt. Diese Bestimmung wird (wie

[65]) bei Planck, Komm. II, 1, S. 191.

oben S. 12 ausgeführt wurde), von Planck-Siber allein für geeignet gehalten zur Ableitung analoger Pflichten für verwandte Schuldverhältnisse.

Die Bestimmungen über unerlaubte Handlungen sind nicht ohne weiteres geeignet zur Ableitung von Pflichten allgemeiner Art. Anzeige- und Erhaltungspflichten sind in der Regel zum Schutz des fremden Vermögens gegeben. § 823 Abs. I BGB. schützt aber nicht das Vermögen [66]) im allgemeinen, sondern nur subjektive Rechte und eine Reihe einzeln aufgezählter Lebensgüter. Nicht „in jeder schuldhaften rechtswidrigen Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen" [67]) ist ein ersatzpflichtig machendes Delikt zu sehen. Das BGB. nimmt vielmehr einen vermittelnden Standpunkt ein zwischen dem römischen Recht einerseits, das die Ersatzpflicht nur an genau umschriebene Tatumstände knüpfte, und dem Preußischen Allgemeinen Landrecht (I, 6 § 8) und dem code civil (Art. 1382) anderseits, die widerrechtliche Schädigungen eines anderen allgemein mit einer Ersatzpflicht belegen. Nun gehört freilich zu den durch § 823 Abs. I geschützten Rechten auch „das sonstige Recht eines Dritten". Den Anzeige- und Erhaltungspflichten entsprechen auf der Gegenseite Rechte auf Anzeige und Erhaltung, so daß insoweit eine Anwendbarkeit des § 823 Abs. I BGB. in Frage käme. Nun ist es aber herrschende Lehre [68]), daß die Verletzung eines obligatorischen Rechtes durch den Schuldner niemals deliktischer Natur ist; denn die ausführliche Sonderregelung, die für die dem Schuldner zur Last fallende Nichterfüllung oder Erfüllungsverzögerung bei obligatorischen Pflichten besteht, hätte keinen Sinn, wenn die Verletzung obligatorischer Pflichten ganz allgemein unter § 823 Abs. I BGB. fallen würde. Die vorvertraglichen Anzeige- und Erhaltungspflichten sind nun nicht ohne weiteres als obligatorische zu bezeichnen. Es handelt sich bei diesen Pflichten um Beziehungen zwischen zwei Parteien, die zwar noch nicht Vertragspartner geworden sind, aber doch durch die Anknüpfung der Verhandlungen sich aus

---

[66]) Enneccerus-Lehmann, § 228, I, 1 c.

[67]) v. Liszt, Die Deliktsobligation des BGB., S. 3.

[68]) Motive, S. 727; Enneccerus-Lehmann, § 228, I, 1 d; Oertmann, Komm. II, 2, Bem. 3 d, S. 1383; RG. 53, 201; nur Kohler (Lehrbuch, Bd. II, S. 39, 156, 526) nimmt bei vorsätzlichen Verletzungen (§ 826) obligatorischer Pflichten einen Deliktstatbestand an.

der Masse der Rechtspartner abgesondert haben, so daß eine ähnliche individualisierte Beziehung wie beim Vertrag gegeben ist. Außerdem sind die Tatbestände vorvertraglicher Haftung genau so differenziert, wie die eigentlichen Vertragstatbestände. Auch aus diesem Grunde erscheint die Anwendung der schematischen Regel des § 823 BGB. unangebracht. Anders liegt der Fall für die von uns sogenannten außervertraglichen Anzeige- und Erhaltungspflichten. Diese Fälle sind von den eigentlichen Fällen bei Vertragsabschluß zu unterscheiden, worauf vor allem Titze [69]) mit seinen verschiedenen Äußerungen zum Thema der culpa in contrahendo jedesmal nachdrücklich hingewiesen hat. Es handelt sich hier um die Fälle der Verkehrshaftung im engeren Sinne, bei denen unter Verkehr nicht der Rechts- und Geschäftsverkehr, sondern der Straßen-, Wege- usw. Verkehr verstanden wird. Beispiele: Die Haftung des Kaufhaus-, Theater-, Gastwirtschaftsbesitzers für Unfälle von Besuchern. Die Rechtsprechung nimmt im Anschlusse an die schon im gemeinen Recht stellenweise [70]) vertretene Lehre von dem Garantievertragscharakter mancher nicht vertraglicher Parteibeziehungen in diesen Fällen Haftung aus Verschulden bei Vertragschluß an, weil mit Rücksicht auf die beiderseits bestehende Absicht, einen Vertrag zu schließen, schon vorher beiden Teilen die Pflicht erwachse, „die gebotene Sorgfalt für die Gesundheit und das Eigentum des anderen Teils zu beobachten" [71]). Titze [72]) hat hiergegen mit Recht eingewandt, daß in den Fällen (Warenhaus, Gasthaus usw.) eine allgemeine Sorgfaltspflicht gegen jedermann vorliegt, nicht dagegen eine individuelle Pflicht gegenüber einem bestimmten — zukünftigen — Vertragspartner; denn es sei — so meint Titze — [73]) ganz gleichgültig, zu welchem Zweck ein Gasthaus oder Warenhaus betreten werde, auch dürfe es keinen Unterschied machen, ob der Unfall vor oder nach Beginn der Vertragsverhandlungen erfolgt sei. Die Haftung in diesen

[69]) Handwörterbuch . . , VI, 517; JW. 1931, S. 513.

[70]) zu vergl. Regelsberger, Zivilrechtliche Erörterungen, I, S. 32 ff.; Drechsler, c. i. c. S. 60 ff.; Melliger, c. i. c. S. 87 ff.

[71]) vgl. RG. 68, 239; 65, 17; 66, 402; RG. in JW. 1913, S. 23.

[72]) Handwörterbuch, VI, S. 516; Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 228.

[73]) Diese Ansicht ist u. E. zu weitgehend, daher erscheint eine Einschränkung der Sorgfaltspflicht gegenüber Dieben und Bettlern (zweifelhaft!) geboten.

Fällen ist daher ausgesprochen deliktischer Natur und gehört, richtig eingeordnet, in die Reihe der Entscheidungen, in denen das Reichsgericht [74]) im Anschluß an § 823 Abs. I BGB. die Lehre entwickelt hat, daß die Eröffnung einer Gefahrenquelle für den Verkehr eine Rechtspflicht begründet, die zur Abwendung der Gefahren notwendigen Vorkehrungen zu treffen. Die Entscheidungen betreffen z. B. gefährliche öffentliche Wege [75]), die gefahrbringende Treppe einer Gastwirtschaft und eines Mietshauses [76]), einen gefährlichen Zugang zu einem Theater und zu einem Laden [77]). Besondere Fürsorgepflichten im Sinne des § 823 Abs. I BGB. entspringen auch aus der Ausübung gewisser Berufe und Gewerbe (Lagerhalter, Spediteur, Tierarzt, Krankenhaus) [78]). Ferner ergibt sich für Personen in leitenden Stellungen eine besondere Sorgfaltspflicht hinsichtlich der ihnen unterstellten Verhältnisse [79]), sowie eine allgemeine Aufsichtspflicht, wenn sie die Durchführung der Verkehrsmaßnahmen Dritten überlassen [80]); diese allgemeine Aufsichtspflicht ist zu unterscheiden von der Leistungspflicht gemäß § 831 BGB. Die vom Reichsgericht als culpa in contrahendo behandelten Fälle lassen sich hier zwanglos einreihen. Es handelt sich in allen Fällen im wesentlichen um Erhaltungspflichten. Es wird auch hier der Ausdruck „allgemeine Sorgfaltspflicht" am besten zu vermeiden sein. Als Erhaltungspflichten „beim Vertragsschluß" wird man sie zweckmäßigerweise nicht bezeichnen, selbst wenn der Unfall jemanden trifft, der in der Absicht, einen Vertrag zu schließen, die betreffende Stätte aufgesucht hat. Denn der Unfall ereignete sich nur ganz zufällig *anläßlich* des Vertragsschlusses. Es muß billigerweise auch dasselbe gelten hinsichtlich solcher Unfälle, die sich ereignen, wenn jemand ein Warenhaus etwa nur aus Schaulust besucht oder ein Gasthaus, um jemanden zu treffen. Wenn diese Fälle deliktischer Erhaltungspflichten auch im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher zu er-

[74]) vgl. hierzu Enneccerus-Lehmann, § 228, II, 2; Josef in Bruch.Beitr. 52, S. 525 ff.

[75]) RG. 54, 56; JW. 1910, S. 618.

[76]) RG. in JW. 1912, S. 143; RG. bei Warn. 1913, Nr. 411.

[77]) RG. in DJZ. 1907 S. 481; RG. im Recht 1913, Nr. 2569.

[78]) RG. 102, 42; 105, 303; 120, 121; 102, 374; 118, 41; 126, 43.

[79]) RG. 70, 49 beim Haushalt; DJZ. 13, S. 872 im Seebad.

[80]) vgl. RG. in JW. 1911, S. 487 (9) und S. 542 (17); 1912, S. 194 (25); 1920 (S. 775).

örtern sind, so sind sie doch jedenfalls von Bedeutung für unsere Behauptung, daß nicht Schuld schlechthin ersatzpflichtig macht, wie dies die neuere Praxis hinsichtlich des § 276 BGB. will, sondern daß immer bestimmte, von uns als Anzeige- und Erhaltungspflichten zusammengefaßte Verbindlichkeiten vorliegen müssen, die schuldhaft oder zufällig verletzt werden.

Aus den bürgerlich-rechtlichen Nebengesetzen sind § 16 des Versicherungsvertragsgesetzes und § 45 des Börsengesetzes zu erwähnen.

Bei Verletzung bestimmter Anzeigepflichten durch den Versicherten hat der Versicherer ein Rücktrittsrecht nach § 16 VVG. Hier tritt also ein Rechtsverlust des Schuldigen ein, der nicht in einer Schadensersatzpflicht besteht. Es liegt ein dem § 823 Abs. II BGB. ähnlicher Fall vor, in dem auch der Geschädigte nicht einen Ersatzanspruch gewinnt, sondern der Schädigende einen Ersatzanspruch verliert. Auch bei den §§ 443, 476, 540, 637 BGB. besteht der Rechtsverlust, wie oben auf S. 20 ausgeführt, nicht in einer Schadensersatzpflicht, sondern in der Nichtigkeit des Gewährschaftserlasses [81]).

Nach § 45 BörsGes. in der Fassung vom 27. März 1908 haften diejenigen, die einen Börsenprospekt erlassen haben, sowie diejenigen, von denen der Erlaß des Prospektes ausgeht, dem Erwerber auf Schadensersatz, wenn der Prospekt unrichtige Angaben enthält und wenn er unvollständig ist. Eine Haftung besteht für das Kennen und Kennenmüssen, für böswilliges Verschweigen und für böswillige Unterlassung einer ausreichenden Prüfung. Auch die Angaben eines ausdrücklich bezeichneten Dritten müssen geprüft werden, ehe sie in den Prospekt aufgenommen werden. Es ergibt sich hiernach eine Anzeige-, eine Erkundigungs- und eine Prüfungspflicht. Die letztere Pflicht kann auch als Pflicht zu richtiger Mitteilung entsprechend der in den §§ 122 Abs. I, 179, Abs. II, 463 BGB. enthaltenen Pflichten und daher als — nicht hierher gehörende — Gewähr-

---

[81]) Steinberg, S. 20, lehnt ohne ausreichende Begründung ab, diese Fälle in das System der vorvertraglichen Haftung einzubeziehen. Für eine Prüfung der Vorschriften des BGB. auf ihre analoge Anwendbarkeit ist es aber von großem Interesse zu sehen, daß auf die Verletzung von Anzeige- und Erhaltungspflichten nicht nur Schadensersatz, sondern auch u. U. ein andersartiger Rechtsverlust von Vermögenswerten folgt.

schaftspflicht[82]) bezeichnet werden. Die Haftung aus § 45 BörsGes. steht in der Mitte zwischen der Vertrags- und der Deliktshaftung. Es ist richtig, daß der Herausgeber eines Prospektes im allgemeinen nicht in Vertragsbeziehungen zu dem Käufer von Wertpapieren tritt; der Erwerber kauft beim Bankier oder an der Börse, aber dennoch bleiben Prospektherausgeber und Wertpapierbesitzer nicht ohne individuelle Beziehungen zueinander. Das Emissionshaus liefert das gekaufte Papier und ähnlich dem Verkauf „an den, den es angeht" wird von vornherein das emittierte Papier für eine spezielle, wenn auch zunächst nicht näher bekannte Person bestimmt. Ein ähnlicher Fall liegt bei der Voraus- oder Eventualerfüllung vor, so z. B. bei dem Gastwirt, der bestimmte Speisen vorbereitet, die er später zu verkaufen beabsichtigt[83]). Es ist also durchaus möglich, auch hier von der Verletzung vorvertraglicher Pflichten in einem indirekten Sinn zu sprechen. Nußbaum[84]) bezeichnet deshalb die Schadensersatzverbindlichkeit aus § 45 BörsGes. als quasikontraktlich. Das ist vor allem wichtig im Hinblick auf die Gehilfenhaftung, da es unbillig wäre, einer juristischen Person den Entlastungsbeweis nach § 831 BGB. zu gestatten, wenn z. B. ein Prokurist einen unrichtigen Prospekt herausgegeben hat. Der von Nußbaum[84]) weiter angeführte Gesichtspunkt, daß auch die Grundsätze der Beihilfe oder Mittäterschaft bei einer unerlaubten Handlung hier nicht zur Anwendung kommen dürften, vielmehr die Verantwortlichkeit jeder einzelnen Person festgestellt werden müsse, ist u. E. weniger durchschlagend. Es dürfte sich in den meisten Fällen um eine Art Kollektivverantwortlichkeit handeln, auf die die Anwendung von Deliktsgrundsätzen eher gerechtfertigt erscheint.

Aus den vorstehend erörterten Bestimmungen des BGB. und der Nebengesetze ergeben sich folgende Gruppen vor- und außervertraglicher Nebenpflichten:

I. Anzeigepflichten, deren Verletzung
   1) den Ersatz des Vertrauensinteresses nach sich zieht: §§ 307, 309, 523 Abs. I, 524 Abs. I, 600, 1624 Abs. II BGB.; § 45 BörsGes.;

[82]) vgl. hierzu Nußbaum, Komm. zum BörsGes. S. 195 ff.; Stoll, in LZ. 1923, S. 537; Steinberg, S. 20.
[83]) Titze, Handw. d. Rechtsw. VI, S. 518.
[84]) Nußbaum, Komm. z. BörsGes. S. 191.

2) zum Ersatz des Erfüllungsinteresses führt: §§ 463, 480 Abs. II;

3) anderweitige Rechtsnachteile hervorruft; nämlich

a) Nichtigkeit eines Gewährschaftserlasses: §§ 443, 476, 540, 637 BGB.;

b) Verpflichtungen zur Ausführung eines Auftrages: §§ 663[85]), 675 BGB.; 362 Abs. I HGB.; § 30 RAO.;

c) ein Rücktrittsrecht: § 16 VVG.

II. Erkundigungspflichten:

1) Ersatzanspruch geht bei Verletzung auf das negative Interesse: §§ 307, 309 BGB.; § 45 BörsGes.;

2) Ersatzanspruch geht auf das positive Interesse: § 523 Abs. II BGB.;

3) als Rechtsfolge tritt Verlust des Schadenersatzanspruches ein: §§ 122 Abs. II; 179 Abs. III BGB.;

4) als Rechtsnachteil tritt ein Anfechtungsrecht ein: § 123 Abs. II Satz 1 und 2 BGB.;

5) bei Verletzung ist für eine fehlerhafte eine fehlerfreie Sache zu liefern: § 524 Abs. II Satz 1 BGB..

III. Pflichten zu richtiger und unmißverständlicher Willenskundgebung (Gewährschaftspflichten): §§ 122 Abs. I, 179 Abs. II; auch § 463 (?).

IV. Erhaltungspflicht am fremden Vermögen (§§ 362 Abs. II HGB.; 45 BörsGes.; auch § 463 (?).

V. Deliktische Erhaltungspflichten gegenüber jedermann: § 823 Abs. I BGB.

---

[85]) so auch RGR. Kom. § 663, Bem. 3; Planck, Vorbem. I 4 vor § 275.

Drittes Kapitel.

Die Entscheidungen des RG., die eine Haftung für das Verschulden bei Vertragsverhandlungen auf Parteiverschulden stützen, enthalten in der Regel die Verletzung vorvertraglicher Anzeige- und Erhaltungspflichten.

Die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts, in denen seit 1910, dem Erscheinen der Monographie Leonhards über „Verschulden beim Vertragschluß", eine Haftung für das Verhalten vor und bei Vertragsverhandlungen ganz allgemein auf Parteiverschulden und § 276 BGB. begründet wird, sind ebenfalls geeignet, die Behauptung zu bestätigen, daß es sich in all diesen Fällen wesentlich um die Verletzung von Anzeige- und Erhaltungspflichten handelt, soweit nicht ein stillschweigender Garantievertrag anzunehmen ist. Schon Geppert [86]) hat darauf hingewiesen, daß die ergangenen Entscheidungen keineswegs die Richtigkeit und Notwendigkeit der Theorie Leonhards und seiner Nachfolger beweisen; man könne vielmehr in allen Fällen entweder unter Zugrundelegung eines Auskunfts- oder Garantievertrages, oder bei richtiger Auslegung des Hauptvertrages zum Ziele kommen.

In dem Luisinfall (JW. 1912, S. 743) spricht das Reichsgericht von der rechtlichen Pflicht, dem Gegner von den Patentstreitigkeiten Kenntnis zu geben, von der Pflicht, die für den Willensentschluß des anderen bedeutsamen Tatsachen diesem zu offenbaren, und der Ersatzpflicht für schuldhaftes Verschweigen. Es handelt sich also um Anzeigepflichten, die aus dem zwischen den verhandelnden Parteien begründeten Vertrauensverhältnisse fließen. — In dem Fall RG. 93, 163 bestehen Anzeigepflichten des Verladers hinsichtlich ihm bekannter gefährlicher Eigenschaften der Ladung. — Im RG. 97, 325 wird verurteilt, weil der Verkäufer verschwiegen hatte, daß seine Fabrik sich zu Kriegslieferungen verpflichtet hatte,

[86]) Gruchots Beitr. Bd. 69, S. 529.

die allen anderen Lieferungen vorgehen mußten. Es handelt sich also um Verletzung einer Mitteilungspflicht. — In der im Recht 1919 Nr. 1938 abgedruckten Entscheidung heißt es: daß „unter Umständen ein Vertragsteil ... von dem andern erwarten dürfte, daß er ihm keine falschen Angaben macht". Es liegt hier eine Pflicht zu richtiger Mitteilung vor, d. h. eine Garantiepflicht (s. oben S. 17 d. Arb.). — In RG. 103, 47 hatte der Verkäufer einer Hypothek dem Käufer, der nur den Kaufpreis der Hypothek und die Kosten des aus dieser betriebenen Zwangsversteigerungsverfahrens bezahlen wollte, verschwiegen, daß auch die Wiederherstellung der Heizung von dem betreibenden Hypothekengläubiger bei dem Gericht als Forderung angemeldet war. Es liegt also Verletzung einer Mitteilungspflicht vor. — In der Entscheidung RG. 95, 58 hatte die Stadt Spandau einem Tiefbauunternehmer unrichtige Tiefenangaben gemacht; infolgedessen waren die Kosten der Verlegung der Wasserleitungsrohre über den Anschlag des Unternehmers hinausgegangen. Hier handelt es sich also teilweise um Anzeige- und Erkundigungspflichten, teilweise um eine Pflicht zu richtiger Mitteilung. — Der Fall RG. 78, 239, der immer im Zusammenhang mit der culpa in contrahendo benannt wird, ist ein Fall der Verkehrshaftung im engeren Sinne und hat, wie oben (S. 24 d. Arb.) ausgeführt, nichts mit der Haftung für vorvertragliches Verhalten zu tun. Es handelt sich in diesem Falle um die Verletzung eines Kunden durch umfallende Linoleumrollen bei Gelegenheit eines Kaufes. Die Begründung der Haftung aus culpa in contrahendo führt dazu, daß in ganz gleich gelagerten Fällen die Klage abgewiesen wird, weil entweder Kaufverhandlungen noch nicht zustande gekommen waren (RG. in JW. 1913, 23), oder der Kaufabschluß bereits abgewickelt war (RG. 74. 124). Die Tatsache, daß gleichgelagerte Fälle zu so verschiedenartigen Entscheidungen führen, beweist die unrichtige Begründung der Haftung. Es muß daher für die Haftungsbegründung in diesen Fällen eine Konstruktion gefunden werden, die es ermöglicht, für gleichartige Fälle gleichartige Entscheidungen zu treffen.

In der Entscheidung (RG. in JW. 1927, 262 Nr. 14) wird eine Haftpflicht festgestellt, weil Dritten die Einsicht in Schriftstücke gestattet worden war und hierdurch sowie durch Mißbrauch fahrlässig liegengelassener Firmenstempel ein Schaden entstanden

war. Den gleichen Tatbestand entscheidet RG. in DJZ. 1910, S. 705. Hier handelt es sich um Erhaltungspflichten an fremdem Vermögen (vgl. oben S. 14 Nr. 5). In dem Schwarzkauffall RGZ. 107, S. 357, liegt eine Verletzung der Mitteilungspflicht vor; denn der Verkäufer wird zum Schadensersatz verurteilt, weil er den Käufer über die richtige Beurkundung des Vertrages schuldhaft, aber nicht arglistig getäuscht hatte. — In RGZ. 108, 410 handelt es sich darum, daß die gefährliche Herkunft eines Beförderungsguts der Eisenbahn beim Abschluß des Beförderungsvertrages verschwiegen wurde, also um die Verletzung einer Anzeigepflicht. — Aus RG. 114, 155 folgt die Verletzung einer Mitteilungspflicht bei einem Grundstücksverkauf nach Abschluß der Vertragsverhandlungen, aber vor Eintritt der vollen Wirksamkeit des Vertrages. Um eine Mitteilungspflicht handelt es sich auch in der Entscheidung des Reichsgerichts in LZ. 1927, 247. — In RG. 116, 15 wird eine Pflicht zu richtiger Mitteilung, also eine Gewährschaftspflicht festgestellt; allenfalls könnte man noch eine Erkundigungspflicht des Bankbeamten annehmen, der einem Kaufvertrage einen infolge Druckfehlers unrichtigen Kurs zugrunde legt.

Ganz besonders deutlich tritt der wahre Inhalt der angeblichen culpa in contrahendo in der Entscheidung des Reichsgerichts 120, 250 zutage. Es handelt sich darum, daß der Verkäufer dem Käufer den Besitz des verkauften Grundeigentums nicht verschaffen kann, weil er seine Verpflichtungen gegenüber dem Besitzer vorher nicht erfüllt hat. Hier spricht das Reichsgericht zunächst von dem vertragsähnlichen Vertrauensverhältnis zwischen den verhandelnden Parteien, das gewisse Sorgfaltspflichten erzeugt und deren vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung zum Ersatze des negativen Interesses verpflichtet. Wichtig ist schon an diesen Sätzen, daß nicht mehr Fahrlässigkeit schlechthin als haftungsbegründend angesprochen, sondern ganz korrekt ein deliktsähnlicher Tatbestand mit Rechtswidrigkeit und Schuld konstruiert wird. Über den Inhalt des Vertrauensverhältnisses heißt es dann weiter, daß nicht nur wissentlich oder fahrlässig wahrheitswidrige Behauptungen zu unterbleiben haben, sondern auch eine Offenbarungspflicht der Beteiligten im Rahmen der nach Treu und Glauben im redlichen Verkehr zu stellenden Anforderungen gegeben ist, die sich unter anderm auch auf die Wahrscheinlichkeit er-

streckt, daß der Vertragserfüllung Hindernisse entgegenstehen. Die sogen. Sorgfaltspflicht besteht also auch hier lediglich in einer Pflicht zu richtiger Mitteilung.

In der Entscheidung Bd. 129, S. 280 ff. handelt es sich wieder um die Verletzung einer Mitteilungspflicht. Das Verschulden beim Vertragsschluß besteht darin, daß die Verkäufer eines landwirtschaftlichen Anwesens unrichtige Angaben über die Ertragsfähigkeit des Grundstücks gemacht und überhaupt die wahre Sachlage verschwiegen haben. — In der Entscheidung Bd. 132, S. 26 wird eine Erhaltungspflicht an fremdem Vermögen festgestellt. Ein Bankier hat mit den Inhabern eines Werks über die Umwandlung dieses Werks in eine Aktiengesellschaft verhandelt. Die Verhandlungen waren schon soweit gediehen, daß bei einem Notar Besprechungen stattfanden, auf Grund deren der Notar mehrere Urkundsentwürfe fertigte. Die Umwandlung kam aber schließlich nicht zustande, weil der Bankier wegen veränderter wirtschaftlicher Verhältnisse seine Beteiligung verweigerte. Für die Beurteilung der Frage, ob der Bankier die unnütz entstandenen Notariatskosten zu tragen hat, zieht das Reichsgericht den Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß heran, kommt allerdings zu einer Verneinung der Haftung, da die Weigerungsgründe des Bankiers als berechtigt anerkannt werden. Das Kammergericht hatte in dem Eintritt in die gemeinsamen Verhandlungen ein stillschweigendes Übereinkommen erblickt, wonach jeder Beteiligte die Interessen der übrigen Beteiligten tunlichst zu wahren habe. Offensichtlich geht eine derartige Annahme viel zu weit. Der Bankier hatte in erster Linie seine eigenen Interessen und die seiner Bank zu wahren. Wohl aber konnte man von ihm verlangen, daß er die Entstehung unnützer Spesen und Auslagen der Beteiligten verhinderte, insoweit diese Spesen weder für ihn noch für die Förderung der Vertragsverhandlungen von irgend welchem Nutzen war. Das ist die gleiche Erhaltungspflicht an fremdem Vermögen, deren Verletzung sich derjenige schuldig macht, der die mißbräuchliche Verwendung des Firmenstempels, einer Schuldurkunde und dergl. durch schlechte Verwahrung ermöglicht. Es handelt sich also hier nicht um eine ganz allgemeine Rücksichtnahme auf fremde Interessen, sondern um die ganz konkrete Pflicht zur schonenden Behandlung fremden Vermögens.

In der Entscheidung Bd. 132, S. 305ff., insbesondere S. 309, erörtert das Reichsgericht die Möglichkeit einer Verletzung der Offenbarungspflicht beim Vertragsschluß. Eine Eisenhandelsgesellschaft hat sich einer Schiffbaugesellschaft gegenüber zur Lieferung größerer Mengen eisernen Schiffbaumaterials verpflichtet. Da sie mit der Lieferung in Verzug geriet, erlitt hierdurch die Schiffsbaugesellschaft einen erheblichen Schaden. Das Reichsgericht erklärt die Eisenhandelsgesellschaft für haftbar, obwohl sie sich in dem Lieferungsvertrag eine Freizeichnungsklausel gesichert hat; „denn für die Übertragung so umfangreicher Materiallieferungen zum Bau eines selbstverständlich bei Meidung hoher Vertragsstrafen zu bestimmtem Termine fertig zu stellenden Schiffes ist die Frage ausreichender Eindeckung der Lieferantin von ausschlaggebender Bedeutung". Die Eisenhandelsgesellschaft war deshalb verpflichtet, der Schiffsbaugesellschaft Mitteilung zu machen, wenn sie zur Zeit der Vertragsverhandlungen das zu liefernde Material noch nicht fest an der Hand hatte. Die Schiffsbaugesellschaft hätte dann auf keinen Fall mit dieser Eisenfirma abgeschlossen. Dies mußte der Eisenfirma auch als mitten im Geschäftsleben stehender Handelsfirma klar sein. Das Reichsgericht verweist hierzu auf die in seiner ständigen Rechtsprechung auf dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben entwickelten Grundsätze über die Offenbarungspflicht beim Vertragschluß.

Auch in einer neueren, sehr interessanten Entscheidung aus dem Kunstwerkrecht (RG. in JW. 1932, S. 1862 ff., insbesondere S. 1866) handelt es sich ebenfalls lediglich um die Verletzung einer Mitteilungspflicht. Es hat jemand von einem bedeutenden Kunsthandelsgeschäft ein Ölgemälde als herstammend von Jakob J. van Ruisdael erworben, glaubt aber später festgestellt zu haben, daß das Werk von dem weit weniger berühmten Vetter und Nachahmer Jakob S. van Ruisdael stammt. Aus dem Bode'schein Gutachten, das dem Ankauf zugrunde lag, konnte man beides herauslesen. Das Reichsgericht will hier allerdings nur das Gewährschaftsrecht beim Kauf zur Anwendung bringen und läßt ein eventuelles Verschulden anläßlich des Vertragsschlusses bei Angaben über Sacheigenschaften durch die Gewährschaftshaftung aufzehren.

Viertes Kapitel.

Die Abgrenzung vorvertraglicher Pflichten von verwandten Fallgruppen.

So weit die Versuche zurückreichen, eine Haftung für bestimmte, durch das positive Recht nicht geregelte vor- und außervertragliche Pflichtverletzungen festzustellen, besteht die Frage nach der theoretischen Konstruktion des Haftungsgrundes. Diese zum mindesten dogmatisch wichtige Frage kann sicherlich nicht, wie Titze [87]) meint, deshalb „als wenig bedeutsame Kontroverse" bezeichnet werden, weil die Haftung für Verschulden bei Vertragschluß nach der Entwicklung der Praxis und der zur Herrschaft gelangten Lehre „eine nicht mehr anzuzweifelnde Tatsache" sei und es daher dahingestellt bleiben könne, ob sie aus Gewohnheits- oder Gesetzesrecht, aus Rechts- oder Gesetzesanalogie, aus dem Wesen des Vertrages oder allgemein aus den §§ 157, 242 BGB. abzuleiten sei.

Zunächst ist, wie oben nachgewiesen [88]), culpa in contrahendo kein feststehender Begriff: ferner verlangt Titze [87]) selbst eine scharfe Abgrenzung aller nicht in die neue Lehre gehörigen Fälle. Gerade diese Abgrenzung wird aber erleichtert, wenn die Frage nach der juristischen Natur des Haftungsgrundes geklärt ist.

Da zusammenfassende Darstellungen der verschiedenen Konstruktionsversuche mehrfach gemacht worden sind, so kann die vorliegende Darstellung auf Ausführlichkeit und Vollständigkeit verzichten. Für das klassische römische Recht ist auf die Untersuchungen Heldrichs [89]), für das gemeine Recht auf die Abhandlungen von Melliger [90]) und Brock [91]) zu verweisen. Für die neueste Entwicklung hat Hildebrandt [92]) eine ziemlich vollständige Zusammenstellung geliefert.

[87]) JW. 1931, S. 512.
[88]) s. S. 2 ff. d. Arb.
[89]) Verschulden beim Vertragsschluß im klass. röm. Recht und in der späteren Rechtsentwicklung.
[90]) c. i. c. S. 77 ff.
[91]) Das negative Vertragsinteresse, S. 149 ff.
[92]) Erklärungshaftung, S. 114 ff.

I. Die Haftung für culpa in contraheudo war im gemeinen Recht hauptsächlich auf nichtige und nicht zustande gekommene Verträge beschränkt. Bei der Frage nach der Haftungsbegründung nahm man entweder stillschweigenden Garantievertrag [93]) oder Mandat [94]) an, man gab die actio doli oder stützte den Anspruch lediglich auf culpa [95]). Auch die eigentliche Kontraktsklage aus einem, wenn auch nicht mit dem beabsichtigten Inhalt, zustande gekommenen Vertrag, wurde von manchen gegeben. Schließlich wurde schon im gemeinen Recht das Veranlassungs- oder Verursachungsprinzip herangezogen [96]). Letzten Endes wurde die Haftung auch mit Treu und Glauben [97]) begründet.

Auch für das Recht des BGB. sind diese Konstruktionen versucht worden. Neu sind vor allem die von dem Reichsgericht gefundenen Konstruktionen des garantieähnlichen Vorvertrags [98]), sowie des besonderen Vertrauensverhältnisses [99]). Da die Kodifizierung des Zivilrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Anpassung der Konstruktionen an das positive Recht verlangte, ergaben sich von selbst folgende Fragen:

1) Zwingt die Tatsache, daß das BGB. im Gegensatz zum Preußischen Allgemeinen Landrecht die Haftung für vor- und außervertragliche Verletzungen nur in einzelnen Fällen regelt, zu der Schlußfolgerung, daß in allen anderen Fällen eine derartige Haftung nicht bestehen soll?
2) Oder sind nicht vielmehr diese Einzelvorschriften einer analogen Anwendung fähig?
3) Sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 157, 242 geeignet, eine derartige Haftung zu begründen?
4) Liegt eine Lücke im Gesetz vor, die nach den anerkannten Regeln

---

93) Dreyler, c. i. c. oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen (1873), cit. mangels Unzulänglichkeit nach Melliger, S. 112.

94) Seurl, Dogm. Jahrb. 2, 274 ff., der aus jedem Vertragsantrag oder -abschluß zugleich einen Auftrag des Gläubigers an den Schuldner zur Erfüllung herleitet.

95) Jhering in Dogm. Jhb. 4, 1 ff.

96) Melliger, c. i. c., S. 144.

97) Windscheid, § 307 N. 5; Scheurl, JherJ. 2, 274.

98) vgl. z. B. RG. 65, 17; 66, 402.

99) Erstmalig in der Entsch. d. RG. 27, 128.

der Rechtsfindung (Interessenabwägung, Zweck des Rechts) auszufüllen ist?

5) Hat sich außerhalb des geltenden Rechts ein Gewohnheitsrecht gebildet, auf dem diese Haftung beruht?

6) Ist, soweit die Haftung bejaht wird, als Konstruktionsform eins der Institute des Gesetzes anzunehmen — Vertrag, einseitiges Rechtsgeschäft, Delikt, — oder sind auch anderweitige Rechtsformen, vertrags- oder deliktsähnliche Verhältnisse möglich?

1) Der Umkehrschluß mit negativem Ergebnis hinsichtlich der Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen wurde von der herrschenden Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuches bis zum Erscheinen der Schrift Leonhards im Jahre 1910 angewandt. Leonhard selbst hatte noch 1896 am Ende seiner Dissertation [100]) bemerkt, daß angesichts des Schweigens des — damals — neuen Gesetzes in Zukunft für seine Lehre nichts zu erhoffen sei. Erst 1910 änderte er seinen Standpunkt.

Neuerdings vertritt Geppert [101]) wieder die frühere strenge Auslegung, daß kraft eines argumentum e contrario eine allgemeine Haftung für culpa in contrahendo nicht bestehe, da das Gesetz eine solche Haftung nur in bestimmten Fällen angeordnet habe. Demgegenüber beruft sich die Mehrzahl [102]) der Autoren, die für eine culpa in contrahendo eintreten, gerade auf diese besonderen gesetzlichen Bestimmungen, die einer analogen Anwendung fähig sein sollen. Es wird dann noch erörtert, ob es sich bei dieser analogen Anwendung nur um eine Erstreckung der wesentlichen Bestandteile einer Norm auf Fälle handelt, — auf die zwar der Wortlaut dieser Norm nicht paßt, wohl aber der Zweck (Gesetzesanalogie) [103]) oder, um die Verwendung eines aus der Interpretation der Einzelvorschriften gewonnenen gemeinsamen Grundsatzes, für den die Einzelvorschriften nur Beispiele darstellen (Rechtsanalogie) [104]).

[100]) Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden beim Vertragsschluß, S. 66/67.

[101]) Fahrlässigkeit bei Vertragsschluß, in Gruch. Beitr. 69, 529 ff.

[102]) von Tuhr, ZivArch. 121, 360 ff. bejaht in rechtsanaloger (§§ 307, Abs. I, 600, 694, 524) Begründung fahrlässige Verletzung vorvertraglicher Pflichten; Reiser, Ziv.Arch. 127, 1 ff. nimmt Analogie zu § 122 an; Siber bei Planck (1914) vor §§ 275 ff., I, 4, S. 190 ff.; Stoll in LZ. 1923, S. 537 ff.

[103]) Beispiel für Gesetzesanalogie RG. 74, 114; 117, 333.

[104]) Enneccerus, Allg. T. § 53.

Bei den Theorien, die die culpa in contrahendo auf Gesetzes- oder Rechtsanalogie zurückführen, besteht die Gefahr, daß von ihnen nicht alle rechtsschutzbedürftigen Tatbestände erfaßt werden. Auch können weder der Analogie- noch der Umkehrschluß heute als zwingende Begründung einer juristischen Entscheidung angesehen werden. Schon Zitelmann[105]) erkennt das an anläßlich der Begründung seiner Theorie der Haftung für Schlechterfüllung. Da dieses Verhalten vom BGB. nicht berücksichtigt ist, findet Zitelmann, daß er nur durch einen Analogieschluß, d. h. durch die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Nichterfüllung, zu einer Begründung der Haftung für Schlechterfüllung kommen kann, bemerkt aber gleichzeitig, daß das kein Beweis dafür ist, daß eine solche Haftung besteht. Denn „Analogieschlüsse sind überhaupt niemals logisch als notwendig beweisbar. Sie sind nicht richtig oder unrichtig, sondern nur recht oder ungerecht, zweckmäßig oder unzweckmäßig“[106]).

Das Gleiche muß von dem Umkehrschluß gelten. Zum Unterschied vom Analogieschluß ist er allerdings logisch zwingend, nicht aber juristisch. Eine juristische Unmöglichkeit ist keine logische Unmöglichkeit, auch ist der juristische Kausalzusammenhang nicht identisch mit der rein logischen Kausalitätsverknüpfung. Die zwischenstaatliche Rechtsvergleichung und die soziologische Rechtsforschung haben diese Erkenntnis richtig als bloße Rechtsmethodik bezeichnet. Der Umkehrschluß und der Analogieschluß sind in Ländern mit kodifiziertem Gesetzesrecht ohne Präjudiziengeltung gleichwertige Hilfsmittel der Rechtswissenschaft, Rechtsfälle, auf die das Gesetz nicht paßt, zu lösen. Letzten Endes sind aber diese beiden Schlußfolgerungsarten nur „logische Kulissen, die zweckgerichtete anderweitige Erwägungen abzustützen bestimmt sind“[107]).

2) Diejenigen, die unter Ablehnung des Umkehrschlusses die Haftung für Verhalten bei Vertragsverhandlungen bejahen wollten, haben zuerst zur Vermeidung der durch den Analogieschluß hervorgerufenen Unsicherheit Haftung aus Delikt oder Vertrag angenommen. Die Zahl der unerlaubten Handlungen ist wegen der allgemeinen Fassung der §§ 823, 826 leicht vermehrbar, die der Vertragstypen nicht geschlossen. Es besteht also die Möglichkeit, auf

[105]) Bonner Festgabe für Paul Krüger, S. 265.
[106]) Bonner Festgabe für Paul Krüger, S. 280.
[107]) vgl. hierzu E. Fuchs in LZ. 1923, Sp. 529.

diesem Wege die Haftung unmittelbar auf das Gesetz zu gründen, ohne auf Analogie, Lückenausfüllung, Gewohnheitsrecht oder andere allgemeine Aushilfen zurückgreifen zu müssen.

Die Meinung, daß in den Fällen des Verschuldens beim Vertragsschluß, insbesondere bei nachfolgender Nichtigkeit des Vertrages, eine Schadensersatzverpflichtung von deliktischer Natur entsteht, wird wohl nur von Gierke [108]) vertreten. Nach seiner Ansicht fehlt, wenn infolge „verkehrswidrigen Verhaltens" [109]) einer Partei der Vertrag nichtig ist, ein rechtsgeschäftlicher Entstehungsgrund für eine Schadensersatzpflicht. Es handele sich um eine außerkontraktliche Verletzung der für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen maßgebenden Rechtsnorm, die unter den Begriff der unerlaubten Handlungen falle. Daß die Ansprüche aus § 122 BGB. kein Verschulden voraussetzen, hindere diese Annahme nicht; denn nach Gierke ist das Verschulden kein Begriffsmerkmal der unerlaubten Handlung. Als schädigende Eingriffe in einen fremden Privatrechtsbereich seien diese Handlungen rechtsverletzend und wegen Täuschung des auf sie nach den Verkehrsregeln berechtigterweise gesetzten Vertrauens widerrechtlich [110]). — Insoweit eine Verantwortlichkeit ohne Verschulden vorliegt, verwendet Gierke den Gedanken des „Handelns auf eigene Gefahr" [111]). Wer im rechtsgeschäftlichen Verkehr — so führt Gierke aus — eine Willenserklärung abgibt, auf deren Gültigkeit der Erklärensempfänger oder — falls sie nicht empfangsbedürftig ist — ein Dritter, für den sie bestimmt ist, vertraut und ohne Fahrlässigkeit vertrauen darf, trägt die Gefahr, wenn sich die Erklärung als nichtig oder anfechtbar herausstellt. Da die Erklärung als rechtsgeschäftliche Handlung unwirksam sei, liege auch in diesen Fällen eine Haftung auf außerrechtsgeschäftlicher Schadensverursachung durch unerlaubte Handlung vor. Dabei sei zu beachten, daß eine Anfechtung nur das bereits durch die rückwärts vernichtete Erklärung Bewirkte als Schadenszufügung enthüllt, nicht aber selbst die den Schaden verursachende Handlung darstellt. Ist die

[108]) Deutsch. Priv. R. III. Bd. S. 112, 113 und Anm. 10; S. 913, Anm. 28/29 und 31.

[109]) ebenda, S. 315, Anm. 19.

[110]) Gierke, D. PrivR. S. 913, Anm. 31.

[111]) Unger, Handeln auf eigene Gefahr, S. 30 ff.; Oertmann, Komm. zu § 122; von Tuhr, Allg. T. II, 1, § 67; VI. nebst Anm. 146, auf S. 593.

Schadensverursachung zugleich schuldhaft, so könne auch „aus dem früher allein anerkannten Gesichtspunkt der culpa in contrahendo', eine deliktische Haftung daneben begründet werden.

Häufiger ist der Versuch, die Haftung auf Vertrag zu stützen. Leonhard [112]) und ihm folgend das Reichsgericht [113]) in seinen ersten Entscheidungen zur culpa in contrahendo hatten angenommen, daß aus dem abgeschlossenen Vertrage, der für die Haftung eine unerläßliche Voraussetzung bildete, rückwirkend auch für das Verhalten vor Vertragsschluß gehaftet wird. Diese Lehre ist heute allgemein aufgegeben [114]). Da es sich bei dieser Begründung um ein unzulässiges „Hysteron-Proteron" handelt, kann diese Erstreckung der Vertragswirkung nur den Wert einer Fiktion beanspruchen. Außerdem setzte sich die Anschauung durch, daß es willkürlich wäre, nur bei zu Vertragsschluß führenden Verhandlungen eine Haftung anzunehmen.

3) Hier will vor allem Siber [115]) mit seiner Lehre von dem unbenannten Sorgfaltsvertrag helfen, der zwischen den verhandelnden Parteien stillschweigend abgeschlossen werde. Auch das Reichsgericht [116]) hat in einigen Entscheidungen das Bestehen eines Vorvertrages angenommen, der mit einem Garantievertrag verwandt sein soll. Aus diesem stillschweigenden Verhandlungsvertrag werde gehaftet unabhängig davon, ob der Abschluß des Hauptvertrages zustande kommt oder nicht. Dieser Theorie ist mit Recht entgegengehalten worden, daß der Vertragswille in den meisten Fällen auf Fiktion beruhen wird [117]). Siber bestreitet dies mit der Begründung, daß nach § 157 BGB. nicht der wirkliche Wille, sondern der objektiv zu vermutende Wille in Betracht komme. Er übersieht aber dabei, daß § 157 BGB. nur zur Auslegung bereits bestehender Verträge verwendet werden kann, nicht aber zur Begründung des Vertrages auf objektivem Wege ohne äußeren Abschluß oder ohne Vorliegen von Beziehungen zwischen den Beteiligten. Außerdem ist nach § 133 BGB. eine Auslegung von Willenserklärungen gegen den

[112]) Verschulden beim Vertragschluß, S. 58.
[113]) RG. in JW. 1912, 743, Nr. 5; 1915, 577 Nr. 10.
[114]) vgl. Lehmann, Allg. T. S. 210; RG. 95, 60; 104, 265.
[115]) bei Planck, II, 1, S. 190 ff.
[116]) RG. 65, 17; 66, 402.
[117]) s. Anm. 115 d. Arb.

Willen der Beteiligten unzulässig; in den Fällen der culpa in contrahendo handelt es sich aber sehr oft gerade darum, auch gegen den Willen der Beteiligten lediglich aus ihrem Verhalten eine Haftung herzuleiten [118]).

Was für die Annahme eines Vertrages gilt, gilt zum Teil auch für Annahme vertragsähnlicher Verhältnisse. Wenn die Vertragsähnlichkeit bedeuten soll, daß zwar kein Vertrag vorliegt, wohl aber ein Verhältnis mit der Struktur eines Vertrages, dann trifft diese Annahme gleichzeitig der Vorwurf der Fiktion. Ein Vertragsinteresse gibt es erst nach Vertragsschluß. Vorher kann es nicht mißachtet werden [119]). Soweit aber mit der Vertragsähnlichkeit etwas unbestimmtes Mittleres zwischen Vertrag und Delikt gemeint ist, liegt ein Ausweichen vor der Aufgabe einer exakten Bestimmung der wirklichen Natur dieser Rechtsverhältnisse vor. Derartigen Formulierungen (Quasikontrakte, Quasidelikte) mangelt die erforderliche Bestimmtheit; sie sind deshalb schon aus rechtspolitischen Gründen zu verwerfen.

Die Struktur der Fälle, um die es sich in vorliegender Arbeit handelt, erfordert eine Rechtskonstruktion, die einerseits der Tatsache gerecht wird, daß es sich um Pflichten zwischen zwei bestimmten Personen und nicht um Pflichten gegen Jedermann handelt, andererseits berücksichtigt, daß aus Verkehrsgründen nicht Willenskonsens notwendig sein darf, vielmehr schon das Verhalten und die Aktivität einer Partei die Haftung erzeugen muß. Die Gierkesche Annahme einer unerlaubten Handlung wird dem zweiten, nicht aber dem ersten Erfordernis gerecht; das Umgekehrte gibt von der Siber'schen Lehre eines stillschweigenden Vertrages.

4) Zur richtigen Lösung der Frage der Haftungsbegründung führt u. E. die von v. Tuhr [120]) begründete, ferner von Köppen [121]), Fischbach [122]), Lehmann [123]), Hildebrandt [124]), Herholz [125]) und

[118]) vgl. Stoll in LZ. 1923, S. 540 ff.; Walsmann, ZfH. 84, 219; Kaiser, ArchZivPrax. 127, 1 ff.
[119]) Stoll, LZ. 1923, S. 542.
[120]) Allg. T. II, 1, S. 488; II, 2, S. 463.
[121]) in JherJ. Bd. 4, S. 283.
[122]) Vorbereitende Rechtsverhältnisse, ArchBürg.R. 41, 160.
[123]) All. T. S. 209 ff.
[124]) Erklärungshaftung, S. 124.
[125]) Ziv.Arch. 130, 257 ff.

Stoll[126]) vertretene Ansicht, daß im Stadium der Vertragsverhandlungen ein aus gegenseitigen Pflichten bestehendes, durch einseitiges Rechtsgeschäft begründbares Schuldverhältnis zwischen den verhandelnden Parteien entsteht.

Von Tuhr bezeichnet den haftungsbegründenden Eingriff in die fremde Rechtssphäre als „relatives Unrecht", wodurch er zum Ausdruck bringen will, daß einerseits einseitige Aktivität zur Haftungsbegründung genügt, andererseits nicht jede beliebige fremde Rechtssphäre eines bestimmten Vertragsverhandlungspartners geschützt ist. Es kann sich nach v. Tuhr bei den im Verlauf der Verhandlungen entstehenden Ansprüchen nicht mehr um deliktische Ansprüche handeln, da die Parteien durch diese Verhandlungen in engere Beziehungen zueinander treten[127]).

Fischbach's „Vorbereitende Rechtsverhältnisse" stellen eine ähnliche Konstruktion dar. Die Fälle, an die Fischbach denkt, gehören allerdings zum Teil nicht hierher, sondern in das Gebiet der Verkehrshaftung im engeren Sinne, so z. B. der in RG. 78, 239 behandelte Linoleumfall. Um echte, einseitig begründete, vorbereitende Rechtsverhältnisse handelt es sich aber in den anderen Beispielen: Trödelvertrag, Sortimentsgeschäft, Einlagerung von Waren vor Abschluß von Transportverträgen, Einreichung von Patenten, Bauanschläge usw. Hier kann man einen Vorvertrag, wie Fischbach zutreffend feststellt, deshalb nicht annehmen, weil sich bei einem Vorvertrag die Parteien über den wesentlichen Inhalt des Hauptvertrages bereits einig sind. Das ist aber bei diesen vorbereitenden Rechtsverhältnissen nicht der Fall. Denn hier soll nicht der ausdrückliche Parteiwille die rechtliche Wirkung auslösen, sondern nur eine von einem zukünftigen Vertragspartner gewollte Vorbereitungshandlung oder Unterlassung[128]). Fischbach will aber nicht jede vorbereitende Handlung eine Haftung begründen lassen. Rechtlich erheblich

---

[126]) LZ. 1923, 532 ff.

[127]) Ähnlich ist der Gedankengang bei Köppen, in JherJ. Bd. 11, S. 385.

[128]) In dem hierher gehörenden Fall (RG. 83, S. 37) nimmt das RG. zu Unrecht einen Vertrag an. Die Vorbereitungshandlung des Gehilfen war das erste vorbereitende Rechtsverhältnis, das als Problem erörtert wurde. Hier wurde von der herrschenden Lehre die Haftung des Geschäftsherrn bejaht.

sollen nur solche Vorbereitungshandlungen sein, die tatsächlich den rechtsgeschäftlich bezweckten Erfolg vorbereiten.

Lehmann spricht von einem einseitig durch Eintritt in Vertragsverhandlungen begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis wird durch Aufforderung zum Eintritt in Vertragsverhandlungen begründet oder auch durch einen nicht bindend gemachten Antrag, schließlich durch das Eingehen auf einen solchen Antrag oder eine solche Aufforderung. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis besteht aus verschiedenen gegenseitigen Einzelpflichten, in der Hauptsache Mitteilungs-, Aufklärungs- und Erhaltungspflichten, die zusammenfassend auch als Sorgfaltspflichten bezeichnet werden können. Mangels besonderer gesetzlicher Regelung macht die schuldhafte Verletzung dieser Sorgfaltspflichten ersatzpflichtig. Diese Rechtfertigung der Haftung für Sorgfaltspflichten bei Vertragsverhandlungen soll rechtspolitisch den Vorzug verdienen vor der Leonhard'schen Rechtfertigung aus nachfolgendem Vertragschluß und der Siber'schen Begründung durch Annahme eines stillschweigenden unbenannten Vertrages.

Hildebrandt gewinnt aus den gesetzlichen Quellen der Haftung für das Verschulden beim Vertragschluß zwei Grundgedanken[129]): „Die Parteien stehen sich nicht mehr als rechtsfremde Dritte, sondern als verhandelnde Rechtsgeschäftsbeteiligte gegenüber." Sie sind also aus der Delikts- in die Geschäftssphäre eingetreten; ferner besteht die Haftung, „weil die eine Partei der anderen Unrichtiges ausdrücklich oder stillschweigend angegeben oder Richtiges (rechtspflichtwidrig) verschwiegen und dadurch ihr Vertrauen getäuscht hat"[130]). Wenn auch die Haftungsgrundsätze u. E. zu eng sind, so ist doch anzuerkennen, daß Hildebrandt das Schwergewicht der Haftungsbegründung nicht in der „culpa" sondern in dem Nachweis primärer Pflichten sieht. Diese rechtsgeschäftlichen Pflichten beruhen nach Hildebrandt[131]) auf dem Verhandlungsverhältnis, d. h. auf der durch die Zielgeschäftsabsicht geschlossenen Sonderverbindung. Zu welchem Zeitpunkt und auf welche Art diese Sonderverbindung als Haftungsgrundlage zur Entstehung gelangt, hat

[129]) Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 124.
[130]) Hildebrandt, S. 132.
[131]) Hildebrandt, S. 124.

Hildebrandt, wie Stoll[132]) richtig bemerkt, nicht näher dargelegt. So läßt Hildebrandt diese wichtige Frage der Haftungsbegründung unbeantwortet und begnügt sich in der Hauptsache mit der v. Tuhr begründeten Lehre über die Entstehung eines Rechtsverhältnisses während der Vertragsverhandlungen mit eigenartigen Wirkungen.

Eine wertvolle Untersuchung über die Entstehung rechtsgeschäftlicher Pflichten hat Herholz[133]) angestellt. Er geht davon aus, daß neben der durch den konkreten Vertrag geschaffenen „Leistungsbeziehung" unabhängig ein weiteres Schuldverhältnis — die sogenannte schuldrechtliche „Rahmenbeziehung" — bestehe, die durch die Tatsache der rechtsgeschäftlichen Beziehungen geschaffen werde. Auf dieser Rahmenbeziehung, die dem in den §§ 122, (118), 149, 307, 309, 663 BGB. enthaltenen Rechtsgedanken, nämlich die Herstellung einer rechtsgeschäftlichen Beziehung durch einseitiges Handeln, zu entnehmen ist und nach seiner Ansicht ein mit dem Verhalten bei der culpa in contrahendo identisches Verschulden (also gerade kein Leistungsverschulden!) aufweist, beruhen die rechtsgeschäftlichen Pflichten unabhängig davon, ob das Leistungsverhältnis nicht begonnen oder schon geendet hat. — Wenn Siber und Hildebrandt die Haftungsgrundlage für culpa in contrahendo in einem unbenannten Vorvertrag bezw. in einer Sonderverbindung erblicken, die durch den einseitigen Eintritt in Vertragsverhandlungen entstehen, so legen sie dabei das Hauptgewicht auf den Nachweis einer Haftung für Verletzung rechtsgeschäftlicher Pflichten *vor* und *während* des Vertrages. Mit der Bezeichnung jener die Haftungsgrundlage bildenden vertragsähnlichen Beziehung als „Rahmenbeziehung" hat sich Herholz, sofern er die Haftungsbegründung für culpa in contrahendo nachweisen wollte, von den vorgenannten Schriftstellern nur durch den Namen, nicht aber durch den Inhalt seines Instituts unterschieden. Von großer Bedeutung ist dagegen seine Lehre von der Konstanz des Schuldverhältnisses infolge Weiterbestehens der „Rahmenbeziehung" auch nach Erlöschen der eigentlichen Leistungsbeziehung, so besonders im Falle des Rücktritts. Als Basis hierfür dient die „Rahmenbeziehung"; denn „in Wahrheit ist

[132]) in JW. 1933, S. 35.

[133]) Herholz, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, Arch.f.ziv.Prax. 130, S. 257 ff.

es nicht das enge Band, die Leistungsbeziehung, aus der die Verletzung folgt, sondern das weite, die Rahmenbeziehung" (S. 314). Auf diesem Wege gelangt Herholz zu der Beibehaltung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung von Anzeige- und Erhaltungspflichten trotz Rücktritts, während nach unserer herrschenden Lehre und Praxis [134]) sich Rücktritt und aus dem Vertrag entspringende Ansprüche auf Schadensersatz ausschließen. So enthält seine Lehre von der „Rahmenbeziehung" für die vorliegende Arbeit keine Einführung einer neuen Haftungsbegründung für die Verletzung vorvertraglicher Pflichten, sondern nur deren Erweiterung für den Fall des Rücktritts. Indes begegnet die strenge Unterscheidung zwischen der Rahmen- und Leistungsbeziehung einigen Bedenken. Es besteht zu leicht die Gefahr, daß durch die Aufteilung des Vertrages in mehrere — übrigens jedem Schuldverhältnis innewohnende typische — Einzelbeziehungen, denen Herholz jeweils eine selbständige Haftungsgrundlage verleiht, eine Zersplitterung des Begriffes „Vertrag" eintritt und das Schuldverhältnis als Einheit zerstört wird.

Am besten ausgebaut ist die Lehre bei Stoll [135]), der auf anderem Wege zu demselben Ergebnis wie Herholz gelangt. Er geht dabei von der Anschauung aus, daß das Schuldverhältnis ein sinnvolles Ganzes, ein Organismus ist, bei dem das Wesen von der Erscheinungsform zu unterscheiden ist [136]). Das Schuldverhältnis als Organismus kann seine Erscheinungsform beliebig wechseln. Aus dem Stadium des vorbereitenden Rechtsverhältnisses kann es in einen Vertrag übergehen, und es bleibt auch nach Auflösung des Vertrages durch Rücktritt in anderer Form weiter bestehen [137]). Das Schuldverhältnis kommt durch ein einseitiges Rechtsverhältnis zustande, die hiedurch begründeten Pflichten sind aber gegenseitig. Be-

[134]) Motive II, S. 210, 11; RGZ. 85, 280; 107, 348.

[135]) Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen. LZ. 1923, Sp. 532 ff.

[136]) Über den „bedeutsamen" Begriff des Schuldverhältnisses als Organismus vgl. Planck-Siber, II, 1, S. 4; von Tuhr, I, S. 126 ff.; S. 241 ff.; Siber in Kr.VSchr. 05, 528; Litten, Wahlschuld, S. 10 ff.; P. Klein, Untergang der Obligation durch Zweckerreichung, S. 5 ff.; Lent, Gesetzeskonkurrenz, I, S. 96 ff.; Fischer-Henle, Bem. 5 zu § 41.

[137]) Zum Rücktritt vgl. Stoll, Die Wirkungen des vertragsmäßigen Rücktritts, Bonner Diss. 1921; ferner Rücktrittsvereinbarungen nach römischem und bürgerlichem Recht, 1922 und Rücktritt und Schadensersatz, Arch. f.ziv.Pr. 131, S. 141 ff.

stritten ist allerdings, wie Stoll selbst bemerkt, ob der Kreis der einseitigen Rechtsgeschäfte des BGB. erweitert werden kann oder ob er nicht vielmehr geschlossen ist. Stoll nimmt zu dieser Streitfrage leider keine Stellung.

Es ist zuerst von Fürst [138]) darauf hingewiesen worden, daß das moderne Rechtsleben immer mehr dazu neigt, Schuldbeziehungen durch einseitige Rechtsgeschäfte entstehen zu lassen. Der Vertrag ist das ältere, das einseitige Rechtsgeschäft das jüngere Rechtsgebilde [139]). Allerdings geht Fürst nicht von den richtigen Beispielen aus. Die Haftung des Gastwirts und des Ladeninhabers für die Verkehrssicherheit ihrer Räume ist auf das allgemeinere Prinzip der Verkehrshaftung zurückzuführen und hat zunächst nichts mit dem Verhalten bei Vertragsschluß zu tun. Zutreffend ist aber seine Polemik gegen die Annahme eines Vertrages in diesen Fällen, zu der ein Vertragswille des Wirts oder seiner Angestellten notwendig wäre. Dieser Vertragswille aber wäre wieder von einer Kenntnis des Wirtes abhängig, daß auch der Gast die Absicht hat, mit ihm einen Vertrag zu schließen. Es sind auch Fälle denkbar, in denen der Gast einen Schaden erleidet, ehe er mit dem Wirt in Verbindung tritt. Diese Fälle dürfen daher nicht anders behandelt werden, da eine Unterscheidung hinsichtlich der Haftpflicht völlig willkürlich wäre.

Siber [140]) vertritt entgegen der Ansicht von Fürst den Standpunkt, daß der Kreis der einseitigen Rechtsgeschäfte geschlossen ist, allerdings ohne nähere Begründung. Ein derartiger Grundsatz ist aber im Gesetz nicht aufgestellt. Es ist nicht einzusehen, warum nicht durch gewohnheitsrechtliche Entwicklung gemäß Art. 2 EGBGB. das Gesetz auch in dieser Beziehung eine Fortentwicklung erfahren soll. Wesentlich ist aber, daß der wirkliche Grund der Haftung immer das Gewohnheitsrecht und die Verkehrssitte sein wird. Zum

---

[138]) Schuldverhältnis aus einseitigen Rechtsverhältnissen, LZ. 1910, Sp. 177 ff.

[139]) so Breit im Sächs.Arch. Bd. 13, S. 286.

[140]) bei Planck, Kom. II, 1, S. 194; Dogm. Jahrbuch, 70, 259; Reiser (ZivArch. 127, 22 Nr. 76) steht der Ansicht Stolls zweifelnd gegenüber. Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 91, lehnt die Begründung eines Schuldverhältnisses durch einseitiges Rechtsgeschäft ohne hinreichende Begründung ab, ist aber, wie Stoll in JW. 1933 S. 36 richtig bemerkt, der Ansicht, (Hildebrandt, S. 93), daß der einseitige Beginn der Verhandlungen zur Abgabe einer Erklärung genügt, um das Verhandlungsverhältnis zu begründen.

Unterschied vom Vertrag wird das einseitige Rechtsgeschäft niemals imstande sein, diese Haftung von sich aus auf Grund eines bestimmten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes zu erzeugen. Dem steht der positive Grundsatz des § 305 BGB. entgegen. Schuldverhältnisse können nur durch Verträge begründet werden. Die erforderliche gesetzliche Grundlage für Ausnahmen kann auch das Gewohnheitsrecht abgeben gemäß Art. 2 EG.BGB. Ein einseitiges, nicht angenommenes Versprechen kann nach Planck-Siber [141]) keine Verbindlichkeit begründen. Das Gleiche muß von dem sonstigen Verhalten einer Partei, die Vertragsverhandlungen einleiten will, gelten (argumentum a maiore ad minus). Soweit allerdings ein einseitiges Rechtsgeschäft durch irgend eine Rechtsnorm verbindlich anerkannt wird, finden auf das darauf entstandene Schuldverhältnis die Vorschriften über Schuldverhältnisse aus Verträgen entsprechende Anwendung [142]).

Hinsichtlich der Begründung im Gesetz besteht aber nur scheinbar ein Unterschied zwischen der Konstruktion des einseitigen Rechtsgeschäfts und der Siber'schen Vertragstheorie zugunsten der letzteren. Denn bei vorbereitenden Vertragsverhandlungen liegt ein Vertrag in unmittelbar evidenter Form nicht vor. Die Annahme eines namenlosen Vertrages — eines Vorvertrages, eines Garantievertrages — wird immer letzten Endes fiktiver Natur sein. Die Parteien werden so behandelt, als ob sie Vertragsparteien seien. Eine derartige Fiktion bedarf aber einer weiteren Begründung, z. B. durch Analogieschluß, durch Bezugnahme auf die Verkehrssitte, auf Treu und Glauben. Es ist also unzutreffend, wenn Stoll [143]) behauptet, die Sorgfaltspflichten bei Vertragsschluß hingen bei Annahme eines durch einseitiges Rechtsverhältnis begründeten Schuldverhältnisses nicht mehr in der Luft. Die Annahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts erledigt nur die Frage nach der Natur des Rechtsverhältnisses, nicht aber die weitere Frage nach seiner Begründung.

5) Da wir den Analogieschluß oben bereits abgelehnt haben (s. oben S. 37) bleibt nur Gewohnheitsrecht und die Lückenausfül-

[141]) zu § 305 (S. 312).

[142]) Dieser Grundsatz war in § 343 des Entwurfes I ausgesprochen. Die zweite Kommission hat diese Vorschrift als selbstverständlich gestrichen. Die Richtigkeit dieser Vorschrift dürfte auch kaum zweifelhaft sein.

[143]) Stoll, LZ. 1923, Sp. 543.

lung nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach den Grundsätzen von Treu und Glauben übrig.

Die Annahme eines Gewohnheitsrechts erfordert eine längere Dauer der betreffenden rechtlichen Entwicklung, eine gewisse Stetigkeit und Entschiedenheit der Rechtsprechung in der betreffenden Frage und eine weitgehende Übereinstimmung der Lehrmeinungen. Die Leonhard'sche Schrift stammt aus dem Jahre 1910, das erste Urteil des Reichsgerichts, das darauf Bezug nimmt, aus dem Jahre 1912 (RG. in JW. 1912, S. 743 Nr. 5). Die Entscheidung, in der erstmalig eine Haftung für Verletzung von Sorgfaltspflichten bei Vertragsverhandlungen auch dann anerkannt wird, wenn ein Vertrag nicht zustande gekommen ist, erging im Jahre 1922 (RG. 104, S. 265). Gerade diese letztere Entscheidung hat aber noch erheblichen Widerspruch gefunden[144]). In der Folgezeit zeigt das Reichsgericht sogar die Neigung, die Anwendung des Grundsatzes der culpa in contrahendo möglichst einzuschränken, da dessen übermäßige Anwendung dazu führe, positive gesetzliche Bestimmungen „illusorisch zu machen"[145]). Die Rechtsprechung ist in dieser Frage also weder stetig noch entschieden[146]), wenn auch vielleicht die Dauer der Rechtsentwicklung für die Begründung eines Gewohnheitsrechts ausreichend wäre. Auch Übereinstimmung der Lehrmeinungen liegt nicht vor. Zwar wird es wohl von niemandem bestritten, daß das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, auch abgesehen von den Fällen der Arglist, rechtsverbindlich ist. Das „ob" der Haftung wird also, wenn man von Geppert absieht[147]), einstimmig bejaht, nicht aber das „wie" und „was". Insbesondere besteht ein scharfer Gegensatz zwischen den Vertretern der Lehre von der haftungsbegründenden Kraft des Verschuldens im allgemeinen und denjenigen, die nur Haftung für bestimmte Sorgfaltspflichten (Anzeige- und Erhaltungspflichten) annehmen. Angesichts dieses Sachverhalts kann wohl von der Entstehung eines Gewohnheitsrechts keine Rede sein[148]). Stein-

[144]) vgl. Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 99, Anm. 43; S. 110, Anm. 86.

[145]) RG. in JW. 1932, S. 1866.

[146]) Dagegen Stoll in JW. 1933, S. 35; nach seiner Ansicht entspricht die grundsätzliche Anerkennung einer rechtsgeschäftlichen Haftung für c. i. c. nicht nur gefestigter Lehre, sondern vor allem auch ständiger Rechtsprechung.

[147]) s. S. 36 d. Arb.

[148]) so auch Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 118.

berg [149]) glaubt, schon von einem Gewohnheitsrecht sprechen zu können; um ganz sicher zu gehen, nimmt er an, daß eine unter Bezugnahme auf Treu und Glauben vorgenommene Lückenausfüllung allmählich zum Gewohnheitsrecht erstarkt sei. — Auch der allzu apodiktische Ausspruch Titzes [150]), daß für Verschulden bei Vertragsverhandlungen heute eben gehaftet werde und eine juristische Konstruktion zur Haftung sich daher erübrige, deutet auf die Annahme eines Gewohnheitsrechts hin.

II. In Wirklichkeit ergibt sich die Haftung für die Verletzung von Sorgfaltspflichten in erster Linie aus dem das bürgerliche Recht beherrschenden allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben [151]), der in den §§ 157, 242 BGB. zum Ausdruck kommt. Die Reichweite dieser Vorschriften sowie die Angrenzung zwischen § 157 und § 242 ist allerdings streitig.

Der Streit geht im wesentlichen darum, ob es sich bei den §§ 157, 242 BGB. um Auslegungsvorschriften handelt, oder ob diese Vorschriften auch geeignet sind, unabhängig vom Bestehen eines Schuldverhältnisses selbständig eine Haftung zu begründen. Als herrschend ist wohl die Ansicht zu bezeichnen, die Staudinger-Werner [152]) wie folgt formuliert: „Treu und Glauben gelten nicht nur innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses, sie bestimmen vielmehr ganz allgemein das im menschlichen Verkehr gebotene Verhalten. Auch solange kein Schuldverhältnis besteht, muß jeder im Verkehr mit seinem Nebenmenschen die Grundsätze von Treu und Glauben beachten." Auch Oertmann [153]) bezeichnet diese — von ihm bekämpfte — Ansicht als herrschende Lehre. Die Verletzung dieser Grundsätze kann Haftungen erzeugen, was namentlich für Kauf-

[149]) Die Haftung für c. i. c., S. 89, 90.

[150]) in JW. 1931, S. 512.

[151]) vgl. auch RGR. Komm. § 276, S. 453 (7. Aufl.); Staub's Komm. zum HGB. 1933, § 347, Anm. 2a; Koenige-Teichmann-Köhler, Handausgabe zum HGB. 1914, § 347, Anm. 2a; Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 118, lehnt die Grundsätze von Treu auf Glauben als Haftungsgrund ab; denn diese bedeute im Hinblick auf § 242 eine unzulässige „petitio principii". Dabei übersieht er den rechtsbegründenden Inhalt des Rechtssatzes von Treu und Glauben auch bei noch nicht bestehenden Schuldverhältnissen.

[152]) Bem. 4 zu § 242, IV, S. 37.

[153]) Oertmann, Schuldverhältnisse, Bem. 1 zu § 242. Wegen der herrschenden Lehre ist die dort zitierte Literatur zu vergleichen.

leute im Handelsverkehr gilt. Diejenigen, die eine derartige Auslegung des § 242 BGB. ablehnen, kommen aber in der Regel durch eine andersartige Auffassung des § 157 BGB. zu einem ähnlichen Ergebnis.

Die weite Auslegung des § 242 BGB. ist in der Regel mit einer engen Auslegung des § 157 BGB. verbunden und umgekehrt. So führt Staudinger-Riezler[154]) aus, daß die Bestimmung des § 157 BGB. sich nur auf die Auslegung, unter Umständen auch auf die Ergänzung, aber niemals auf die Korrektur von Verträgen und Willenserklärungen beziehe. In einem gewissen Widerspruch dazu wird aber dann unten weiter ausgeführt, daß auch die Vorverhandlungen eines Vertrages unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben im Verkehr stehen. Durch den Antrag entstehe bereits ein gewisses Vertrauensverhältnis, wenigstens dann, wenn der Antragsempfänger besondere Vorkehrungen für die Entgegennahme und Weiterbeförderung der Vertragsanträge getroffen habe; hierzu wird auf RG. 107, 240 ff. Bezug genommen.

Planck-Siber[155]), der mit Oertmann[156]), Staub[157]) und Schneider[158]) dem § 242 nur den Rang einer Auslegungsregel zuerkennen will, erkennt zum Ausgleich dafür an, daß § 157 eine Vorschrift absoluter Geltung sei; nach dem Willen der Rechtsordnung sei jeder zu einem dem rechtlichen Verkehr entsprechenden Verhalten verpflichtet und daher auch jeder auf ein dementsprechendes Verhalten der Gegenpartei zu vertrauen berechtigt. Doch gibt Planck-Siber[159]) zu, daß sich aus § 242 mittelbar auch eine Norm über das „ob" der Leistung ergeben kann. Da der Schuldner zu leisten hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, entfällt die Leistungspflicht nach § 242, wenn die Leistung überhaupt nur unter Verstoß gegen diese Norm ausführbar ist.

---

[154]) Bem. zu § 157, S. 644.

[155]) Planck zu § 157.

[156]) Schuldverhältnisse, zu § 242; Rechtsordnung und Verkehrssitte, § 36.

[157]) Kommentar zum HGB., Allgemeine Einleitung Anm. 31 sowie Anm. 20 zu § 346.

[158]) Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, S. 108, 127, 130, 208, 228; derselbe in JherJ. 59, 386 und ArchBürgR. 25, 272.

[159]) Planck-Siber zu § 242, S. 40.

Auch Oertmann[160]) kommt zu dem Ergebnis, daß unter Umständen § 157 für die Frage nach der Entstehung eines Schuldverhältnisses von Bedeutung ist, wenn § 242 nur als Auslegungsregel gelten soll. § 157 schreibt nach ihm die Grundsätze vor, die über Sinn und Tragweite einer das vertragsmäßige Schuldverhältnis begründenden Abrede entscheiden sollen. Dieser Satz ist also für die Feststellung des Inhalts eines Schuldverhältnisses maßgebend, womit auch nach der Gegenmeinung der rechtspolitische Kern der herrschenden Lehre hinsichtlich des § 242 wieder hergestellt ist. Der § 242 soll deshalb für die Begründung einer Leistung nicht in Frage kommen, weil die Eigenschaft „Schuldner" nach dem Wortlaut vorausgesetzt wird und außerdem bei einer derartigen Auslegung des § 242 die anderen Billigkeitsvorschriften (§ 251 Abs. II, § 343) ganz überflüssig werden würden. — Auch Staub[161]) verlangt scharfe Unterscheidung der beiden Bestimmungen. § 157 BGB. geht nach ihm auf Feststellung des Tatbestandes und beantwortet die Frage, ob und inwieweit jemand Schuldner geworden ist. § 242 geht dagegen auf Feststellung der Rechtsfolgen; er beantwortet die Frage, wozu jemand rechtlich verpflichtet ist, wenn er bereits Schuldner geworden ist.

Eine weitere Möglichkeit, die vorvertraglichen Sorgfaltspflichten auf Treu und Glauben zu stützen, ergibt sich daraus, daß nach der Mehrheit[162]) § 157 nicht nur auf Verträge, sondern auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anzuwenden ist.

Leonhard[163]) hat hiergegen eingewendet, daß Geschäfte, die nur ein einzelner abschließt, keine Verkehrsakte sind, also bezüglich solcher Akte auch nicht von Verkehrssitte gesprochen werden könne, wie es in § 157 geschehe. Hierauf erwidert Hölder[164]) mit Recht, daß z. B. bei der Auslobung der Urheber im Publikum ein Vertrauen erweckt, dem eine Treupflicht entspricht. Dasselbe gilt auch bei Vollmachten.

---

[160]) Oertmann, Rechtsordnung u. Verkehrssitte, S. 310 ff.
[161]) Komm. z. HGB. § 346, Anm. 20.
[162]) Hölder im Recht 01, 216 ff.; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 132 ff.; Düringer-Hachenburg, 2, S. 208; Staudinger-Riezler, § 157, Bem. 4; Enneccerus-Nipperdey, § 193, III; Oertmann, zu § 157, S. 566; Kipp-Windscheid, § 84 S. 448.
[163]) R. Leonhard, Irrtum, 2. Aufl., S. 354.
[164]) im Recht 01, S. 216 ff.

Daraus leitet Staudinger-Riezler [165]) den allgemeinen Grundsatz ab, daß vorbehaltlich der nur in den Grenzen des § 119 BGB. möglichen Anfechtung wegen Irrtums das Vertrauen in eine abgegebene Erklärung durch den Erklärenden selbst nicht zerstört werden darf. Hieraus ergibt sich eine Rechtfertigung des alten Grundsatzes [166]), daß zweideutige Willenserklärungen gegen den auszulegen sind, der sie redigiert hat. Auch das Reichsgericht [167]) hat sich in diesem Sinne entschieden. Der § 157 soll über sein eigentliches Anwendungsgebiet hinaus dem Richter objektive Anhaltspunkte allgemeiner Art für die Auslegung an die Hand geben. — Oertmann [168]) macht, bei grundsätzlicher Anerkennung der analogen Anwendbarkeit des § 157 die Einschränkung, daß bei einseitigen Erklärungen nicht oder doch nur in geringem Maße das schutzwürdige Interesse eines Gegners vorhanden sei, demzuliebe die ausschließliche Berücksichtigung des subjektiven Willens des Erklärenden zugunsten einer mehr objektiven Auslegung zurückzustellen sei. Wo dieser Gesichtspunkt nicht zutreffe, insbesondere bei empfangsbedürftigen Erklärungen, sei eine Anwendung des § 157 BGB. in vollem Umfange geboten.

Damit ist eine weitere Grundlage für die Ableitung vorvertraglicher Anzeige- und Erhaltungspflichten gegeben. Denn eine objektive, an der Rechtsidee und der Verkehrssitte orientierte Auslegung der einseitigen Rechtsgeschäfte, die Vertragsverhandlungen einleiten, wird zu dem Ergebnis führen, daß der andere ein Recht auf vollständige und richtige Mitteilung der für seine Entschlüsse wesentlichen, den Vertragsgegenstand betreffenden Tatsachen hat, sowie ein Recht auf Schutz vor unbekannten Gefahren, die ihm dadurch erwachsen, daß er sich mit Person oder Eigentum in den Herrschafts- und Einflußbereich des Gegners begibt. Vor allem die Auslegung der nicht bindenden Offerte, die zu den einseitigen Rechtsgeschäften zählt, ist in diesem Zusammenhang wichtig. Denn in der Einleitung von Vertragsverhandlungen wird man regelmäßig wenigstens ein stillschweigendes Vertragsangebot finden können. Wo dies nicht der Fall ist, z. B. eine oder beide Parteien lediglich durch unverbindliche Verspre-

[165]) zu § 157, S. 644; ferner Oertmann, Bem. 3 zu § 157; Endemann, § 100, Anm. 12 e; Riezler, venire contra factum proprium, 1912.
[166]) Code civil, Art. 1162.
[167]) RG. 82, 153; Recht 04, 11; JW. 1912, S. 344.
[168]) zu § 157, S. 566.

chungen sich Unterlagen für ein Vertragsangebot verschaffen wollen, liegt auch kein auslegungsfähiges, einseitiges Rechtsgeschäft vor, das haftungsbegründend wirken könnte. Logik und Billigkeit erfordern aber, hier einen Unterschied nicht eintreten zu lassen. Die analoge Ausdehnung des § 157 BGB. braucht sich nicht auf die einseitigen Rechtsgeschäften zu beschränken, sie kann sich vielmehr auch auf Rechtshandlungen, überhaupt auf jedes rechtlich erhebliche Parteiverhalten erstrecken. Denn der Grundsatz der Auslegung nach Treu und Glauben beherrscht das ganze bürgerliche Recht und ist, wie Stammler [169]) behauptet, vielleicht sogar mit der Rechtsidee identisch. Jedenfalls kommt man auf diesem Wege zu demselben Ergebnis wie diejenige Lehrmeinung, die den § 242 BGB. für geeignet erklärt, unabhängig vom Bestehen eines Schuldverhältnis selbständig eine Haftung zu begründen (s. oben S. 48). Die Verwendung des § 157 erscheint gedanklich einfacher und natürlicher als die des § 242. Denn der Wortlaut des § 242 („... die Leistung so zu bewirken ...") verlangt die Annahme, daß hier lediglich die Norm für die Modifikation und die Ausführung einer bereits feststehenden Leistung gegeben ist, während die Fassung des § 157 ganz zwanglos dazu führt, aus allgemeinen Parteibeziehungen in Analogie zu den Vertragsbeziehungen Pflichten und Rechte im Auslegungswege abzuleiten und zu begründen, die an und für sich nicht wörtlich und ausdrücklich stipuliert sind.

Die Begründung der Haftung für vorvertragliche Anzeige- und Erhaltungspflichten durch allgemeine Grundsätze bedarf aber noch einer Ergänzung. Denn die hier abgelehnte Lehre, daß es ganz allgemein eine Haftung für Verschulden bei Vertragschluß gäbe, kann sich gleichfalls auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 157, 242 BGB. stützen. Gerade aus der Tatsache, daß hier so allgemeine Grundsätze herangezogen werden müssen, ergibt sich das Bedürfnis und die Notwendigkeit nach einer näheren Konkretisierung der neu begründeten Rechtspflichten. Diese Konkretisierung ergibt sich, wenn der haftungsbegründende Tatbestand des Vertragsabschlusses bei der Auslegung genau und im einzelnen beobachtet wird. Es geht nicht an, mit Rücksicht auf angebliche Verkehrsbedürfnisse und Gesetzeslücken ganz allgemein eine Haftung zu begründen, wie bei der Lehre von der

[169]) Recht der Schuldverhältnisse, 1897, S. 37.

culpa in contrahendo. Die zu begründenden Pflichten müssen vielmehr konkret und logisch aus dem Tatbestand hervorgehen und sich auf das zur Erreichung des rechtlichen Zwecks Erforderliche beschränken. Es ist nun ein auch auf anderen Rechtsgebieten zur Geltung gekommener Rechtsgedanke, daß dort, wo das Gesetz ein Recht gewährt, gleichzeitig auch diejenigen Rechte mitgewährt werden müssen, die zur Ausübung dieses Rechts logischerweise erforderlich sind. Geht man von solchen Vertragsverhandlungen aus, die zu einem Vertragsabschluß geführt haben, so ergibt sich in Verfolg dieses Gedankens, daß schon bei den Vertragsverhandlungen jeder den anderen Vertragspartner so stellen muß, daß er die Aussicht auf den vollen Gegenwert für die übernommenen Vertragsleistungen erhält und z. B. nicht etwa in irriger Überschätzung des zu erwartenden Gegenwerts größere Pflichten übernimmt, als es nach der Sachlage in Hinsicht auf den Gegenwert erforderlich ist. Es erweist sich in vielen Fällen, daß sich die gegenseitige Vertragserfüllung nicht nach Treu und Glauben abwickeln kann, wenn nicht bereits die Vertragsbegründung nach Treu und Glauben erfolgt ist. Daraus folgt, daß dem Vertrag bereits in statu nascendi Vorauswirkungen zuerkannt werden müssen. Da man aber nicht schwebend bedingte Rechtspflichten annehmen kann, die Parteien vielmehr zur Erfüllung bestimmter Sorgfaltspflichten in unzweifelhafter Form gehalten sein müssen, muß das Gleiche auch für den Fall gelten, daß ein Vertrag nicht zustande kommt. Die Vorauswirkungen gehen eben tatsächlich nicht so sehr von dem fertigen Vertrag, als vielmehr von dem status nascendi aus. Im Stadium der Vertragsverhandlungen sind aber infolge der widerstreitenden Interessen die Verhandelnden natürliche Gegner. Deshalb kann jeder vom anderen nicht eine unbegrenzte Sorgfaltspflicht erwarten, sondern nur das Minimum des Erforderlichen, wobei es dahingestellt bleiben kann, ob dieses rechtliche Minimum in anderer Hinsicht, z. B. unter ethischen Gesichtspunkten ein Maximum darstellt. Dieses Minimum besteht in einer gewissen Sicherheit der Person, der Sache und des Urteils, und zwar ist es diejenige Sicherheit, die erforderlich ist um die Einlassung auf Vertragsverhandlungen zweckvoll und erwünscht erscheinen zu lassen, insofern als das Risiko der Einlassung im Verhältnis zu dem in Aussicht stehenden Gewinn gering ist. Sicherheit der Person und der

Sache bedeutet Erhaltungspflicht, Sicherheit der für die Willenserklärung maßgebenden Urteilsbildung bedeutet Anzeigepflicht der Gegenseite. Mehr benötigt der zu Vertragsverhandlungen Aufgeforderte zu seinem Schutze nicht; deshalb kann ihm die Rechtsordnung auch nicht mehr von den nicht stipulierten Rechten zubilligen.

Erst aus der Verbindung dieser Ableitung aus dem Wesen des Vertrags und der Vertragsverhandlungen selbst mit den allgemeinen Gesichtspunkten von Treu und Glauben und Lückenausfüllung durch Analogie ergibt sich eine rechtliche Begründung der vorvertraglichen Sorgfaltspflichten mit jener Konkretheit und Bestimmtheit, die zur Rechtfertigung der Einführung eines neuen Haftungsgrundes erforderlich ist.

Fünftes Kapitel.

Regelung des Schadenersatzes.

Bei der Lehre von der Vertragsschuld spielt die Frage nach dem Umfang der Haftung für die Fahrlässigkeit eine bedeutende Rolle. Auch wenn man die Haftung für Vertragschuld verneint und statt dessen in der Verletzung vorvertraglicher Anzeige- und Erhaltungspflichten einen besonderen Haftungsgrund sieht, so muß man den Umfang dieser Haftungspflicht besonders untersuchen; denn er ergibt sich nicht ohne weiteres aus den gesetzlichen Vorschriften. Es handelt sich dabei im wesentlichen um die Frage des zu vertretenden Schuldgrades, der Schuldausgleichung, der Schadensberechnung, der Gehilfenhaftung und der Verjährung.

I. Die Frage des Schuldgrades wird zunächst allgemein durch § 276 BGB. beantwortet, der nach den früheren Ausführungen auf die Regelung der Nebenpflichten beim Vertragsabschluß bei Annahme eines stillschweigenden Vorvertrages oder eines einseitigen Schuldverhältnisses anzuwenden ist. § 276 BGB. gilt aber auch für den Hauptvertrag nur, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Dementsprechend wird man auch bezüglich der Nebenpflichten beim Vertragsabschluß nur für denjenigen Schuldgrad eine Haftung ein-

treten lassen können, für den bei dem Hauptvertrag gehaftet wird. Bei Schenkung und Leihe wird für leichte Fahrlässigkeit nicht gehaftet (§§ 521, 599 BGB.), bei unentgeltlicher Verwahrung nur für culpa in concreto (§ 690 BGB.). Das Gleiche muß daher auch für die Nebenpflichten gelten[170]).

Das Reichsgericht hat mehrfach zur Begründung der Haftung für Pflichtverletzungen beim Vertragschluß auch auf die Analogie der §§ 122, 179 BGB. verwiesen[171]). Nach diesen Bestimmungen wird aber ohne Rücksicht auf ein Verschulden, d. h. also auch für Zufall, gehaftet. Wir haben es hier mit einer reinen rechtsgeschäftlichen Verursachungshaftung für „objektiv fehlerhaftes Verhalten" zu tun. Ein allgemeines Prinzip daraus abzuleiten, hat Kuhlenbeck[172]) in Verfolg eines Windscheid'schen Gedankens versucht.

Danach soll bei Ungültigkeit einer Willenserklärung der Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das Vertrauensinteresse haben, wenn ihn kein Verschulden trifft. Kuhlenbeck dachte dabei vor allem an die Fälle der Geschäftsunfähigkeit des Offerenten und an dessen Tod vor Zugang der Willenserklärung bei dem Erklärungsempfänger. Neuerdings hat sich vor allem Titze[173]) für diese überwiegend abgelehnte[174]) Meinung eingesetzt. Man wird Titze darin beistimmen müssen, daß die Meinung der Mehrheit für den Erklärungsempfänger zu einem sehr unbilligen Ergebnis führt, und daß die bessere Behandlung, die z. B. das englische Recht dem Erklärungsempfänger in diesen Fällen zu teil werden läßt, nachahmenswert ist. Wenn ein Geistlicher bei seinem Schneider brieflich einen Talar bestellt und stirbt, bevor der Schneider den Brief erhält, dann hat der Schneider, der den Talar fertig stellte, bevor er von dem Tod seines Auftraggebers Kenntnis erhielt, zunächst keinen gesetzlichen Anspruch gegen die Erben, da nach § 153 BGB. ein Vertrag nicht zustande

[170]) vgl. Crodel, S. 55; Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß, S. 65; Titze, DJZ. 25, 490 ff. u. Handw. d. RW. VI, 522; Enneccerus-Lehmann, § 44 vor Anm. 11.

[171]) RG. 104, 265; 106, 68.

[172]) Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse, in DJZ. 1905, 1142 ff.

[173]) Handw. f. RW. VI, S. 516 ff.

[174]) vgl. Steinberg, die Haftung für c. i. c., S. 95; Enneccerus, § 153, Anm. 23; Crodel, S. 90; Levy, in JW. 1922, 1313; Planck-Flad, zu § 122, 153, 105; Staudinger-Riezler, zu § 122, Anm. 7; Oertmann zu § 122, Anm. 6; Klein in DJZ. 1906, 596; Crome, System, II, § 151.

gekommen ist. Dabei ist zu bedenken, daß der Geistliche sicherlich die Bestellung des Talars rückgängig gemacht hätte, wenn er gewußt hätte, daß er den Talar doch nicht mehr würde tragen können. Hier erfordert die Billigkeit, dem Schneider einen Schadensersatzanspruch wegen einer schuldlosen Verletzung einer Mitteilungspflicht zuzubilligen.

Bei Nichtigkeit des Vertrages wegen Geschäftsunfähigkeit wird man allerdings wegen der ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 104 ff. BGB. nur in dem Fall der vorübergehenden Geistesstörung, also vor allem bei Verträgen mit Betrunkenen, helfen können. Der Geschäftsunfähige soll überhaupt nicht, der Minderjährige nur bei Einwilligung des gesetzlichen Vertreters aus seiner Willenserklärung haften; außerdem würde es der Absicht des Gesetzgebers widersprechen, wenn man auf dem Umweg über die Verletzung einer Nebenpflicht beim Vertragsabschluß doch eine Haftung konstruieren wollte. In diesen Fällen kommt also eine Verursachungshaftung nur de lege ferenda in Frage.

De lege lata gibt es aber bereits die hierher gehörende Verkehrshaftung im engeren Sinne. Der Warenhausbesitzer, der Theaterdirektor haften für die Verletzung einer Erhaltungspflicht auch ohne Verschulden, wenn Mitglieder des Publikums auf Grund der ergangenen allgemeinen Aufforderung beim Besuch der betreffenden Grundstücke Unfallfolgen erleiden. Steinberg[175]) führt hier vor allem den Gastwirtsaufnahmevertrag gemäß § 701 BGB. an. Die Gastwirtshaftung tritt zunächst ein im Zusammenhang mit einem zustande gekommenen Gastaufnahmevertrag. Allenfalls kann angenommen werden, daß die Haftung auch bereits vor dem Vertragsabschluß eintritt. In diesem Fall wäre § 701 BGB. zu denjenigen gesetzlichen Bestimmungen zu rechnen, in denen unmittelbar eine Verletzung einer vorvertraglichen Erhaltungspflicht mit Haftung, sogar ohne Rücksicht auf das Verschulden belegt ist. Darüber hinaus muß man den Gastwirt aber aus dem allgemeineren Gesichtspunkt der Verkehrshaftung für Sachschäden haften lassen, auch wenn der Gastaufnahmevertrag nicht zustande gekommen ist.

II. Wenn beide Vertragsverhandlungspartner Anzeige- und Erhaltungspflichten verletzen, oder wenn die geschädigte Partei gar

[175]) Steinberg, die Haftung für c. i. c., S. 107.

nicht auf die Mitteilungen wegen eigener Kenntnis und eigener Vorsorge angewiesen war, ergibt sich die Frage, ob der Schädigende in vollem Umfange haftet, oder ob nicht vielmehr wegen mitwirkenden Verschuldens ein Schadensausgleich bezw. eine Wiederaufhebung der Haftung eintritt. Da nach unserer Konstruktion die Vertragsabschlußpflichtigen auf einseitigem Schuldverhältnis beruhen, auf das die Bestimmungen des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse Anwendung finden, so hat die Vorschrift des § 254 BGB. Geltung. Von den Anhängern der Vertragsschuldtheorie ist die Anwendbarkeit des § 254 BGB. in diesen Fällen gleichfalls anerkannt[176]). Streitig ist lediglich die Auslegung des § 254 und die Bedeutung der einschlägigen Bestimmungen der §§ 122 Abs. II, 179 Abs. III Satz 1, 307 Abs. I Satz 2 und 309 BGB. im Hinblick auf ihre analoge Anwendung.

Leonhard[177]) glaubt, daß bei gleichwertigem Verschulden die Haftung überhaupt entfalle. Er folgert dies analog aus der Schuldausgleichung, die das Gesetz für die Erfüllungsschuld vorschreibt. Das widerspricht sicherlich dem Wortlaut, wonach nicht nur die Ersatzverpflichtung, sondern auch der Ersatzumfang sich nach dem beiderseitigen Verschulden bestimmt. Wenn also A einen kleinen und B einen großen Schaden erlitten haben, muß A dem B die halbe Differenz erstatten, wenn gleichwertiges Verschulden auf beiden Seiten vorliegt.

Bei den im Gesetz anerkannten vorvertraglichen Anzeige- und Erhaltungspflichten ist zum Teil eine andere Regelung getroffen; nach §§ 122, Abs. II, 179, Abs. III, Satz 1, 307, Abs. I, Satz 3 und 309 BGB. entfällt jeder Ersatzanspruch, wenn der Geschädigte die den Ersatzanspruch begründenden Tatsachen kannte oder kennen mußte. Dieser kommt somit in Fortfall, wenn z. B. auf Seiten des Schädigenden grobe Fahrlässigkeit, auf Seiten des Geschädigten le-

---

[176]) vgl. Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 65; Crodel, S. 57; Eneccerus-Lehmann, § 12, Nr. 20; Staudinger, Anm. 2a zu § 254; Oertmann, Anm. 3 zu § 254; Staub-Koenige, Anm. 2d zu § 347; RGR. Komm. zu § 254 I c α; Planck-Siber, Anm. 1 zu § 254, Vorbem. I, 4 vor § 275.

[177]) Verschulden beim Vertragsschluß, S. 65, 66, Nr. 4.

diglich leichte Fahrlässigkeit vorliegt[178]). Nach § 460 i. V. mit § 464 entfällt die Haftung des arglistigen Verkäufers bei Kenntnis des Vertragsgegners. Das Gleiche gilt nach § 694, wonach ebenfalls sogar Arglist des Hinterlegers bei Kenntnis des Verwahrers keinen Ersatzanspruch erzeugt.

Mit Rücksicht auf diese Bestimmungen hat Krückmann[179]) dann behauptet, daß ganz allgemein Kenntnis des Geschädigten von dem Mangel der Willenserklärung ein Recht auf Schadensersatz auch bei Arglist des Schädigers zerstöre nach Analogie der §§ 460, Satz 1, 464 BGB. Bei leicht fahrlässiger Unkenntnis des Geschädigten gehe jedoch der Anspruch analog § 122, § 307 nur bei Unkenntnis des Schädigers verloren.

Dieser Anwendung des Analogieschlusses kann aber im Ergebnis nicht zugestimmt werden. Denn durch sie würden infolge Wegfalls jedes Ersatzanspruches unbillige Härten entstehen[180]). Daher kann eine den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs dienende Lösung nur in der Ablehnung des Analogieschlusses aus den §§ 122, II etc. zugunsten der Regel des § 254 BGB. gefunden werden. Danach wird der Umfang des Ausgleichs nach den beiderseitigen Anteilen an Kausalität und Schuld[181]) bestimmt.

III. Von der Mehrheit der Autoren[182]), die nicht auf dem Boden der Leonhard'schen Vertragsschuldlehre stehen, wird angenommen, daß die Schadenshaftung bei der Verletzung der Vertragsabschlußpflichten nicht auf den Erfüllungsanspruch, sondern auf das sogenannte negative Interesse geht. Zu diesem Ergebnis war man

[178]) Nach diesen Bestimmungen genügt jedes schuldhafte Vertrauen auf den Bestand der Willenserklärung zum Ausschluß der Haftung; a. A. nur Oertmann, Anm. 4 zu § 307, der auch in diesen Fällen trotz des Gesetzestextes gleichwertiges Verschulden verlangt; ebenso Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 66/7, Nr. 4.

[179]) ArchzivPrax. 101, 233.

[180]) Darauf weist Raiser, ArchzivPrax. 127, S. 35 hin. Er führt aus, daß es in der Tat außerordentlich unbillig sei, bei jedem geringen Verschulden des Erklärungsgegners die Ersatzpflicht auch dann streichen zu müssen, wenn der Irrtum auf grober Fahrlässigkeit beruhe. Ohne direkte Stellung zu nehmen, spricht er S. 43, nur von „entsprechender Anwendung des § 254 BGB.", im Falle des Erklärungsdissenses.

[181]) Enneccerus-Lehmann, § 12, Nr. 14.

[182]) Oertman in LZ. 14, 513; sowie Anm. 4c zu § 280; RGR. Komm. Bem. 3 zu § 276; Staudinger, Bem. I, 2 zu § 276.

wohl in der Hauptsache aus historischen Gründen gekommen. Im Mittelpunkt der Untersuchungen von Jhering[183]) und Dreyler[184]) stand der nichtige bezw. „nicht zur Perfektion" gelangte Vertrag. Nun ist aber ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse mit dem Wesen des nichtigen Vertrages unvereinbar. Es kommt hier also lediglich ein Schadensersatz in Frage, der irgendwie in Beziehung steht gerade zu der Tatsache, daß eben durch das Nichtzustandekommen des Vertrages eine Partei geschädigt ist. Diese Form des Schadensersatzes ist von Savigny[185]) erstmalig, wie folgt, näher bestimmt worden: „Der unredliche Verkäufer ist, falls der Vertrag z. B. wegen error in substantia des Käufers nichtig war, verpflichtet, den Käufer in die Lage zu versetzen, wie wenn von diesem Geschäft nie die Rede gewesen wäre". Er muß also z. B. den Wert der bei einem angeblichen goldenen Gefäß verwandten Arbeit ersetzen. Der Käufer kann aber für den Gewinn, den er bei einem wirklich goldenen Gefäß gemacht hätte, keinen Ersatz fordern. Diese Form des Schadensersatzes hat dann von Jhering[186]) den Namen „Haftung auf das negative Interesse" erhalten. Angeblich soll schon das Justinianische Recht die Vertragsklage (actio quasi ex empto) auf das negative Interesse bei Unwirksamkeit des Vertrages gewährt haben[187]).

Es ist aber nicht einzusehen, warum diese auf den nichtigen Vertrag zugeschnittene Regelung ganz allgemein bei Verletzung von Abschlußpflichten, also auch dann gelten soll, wenn ein wirksamer Vertrag zustande gekommen ist, aber zu ungünstigeren Bedingungen, als es bei Kenntnis des Geschädigten der Fall gewesen wäre. Wie Crodel[188]) zutreffend bemerkt, ist hierfür noch keine überzeugende Begründung gegeben worden. Es lag natürlich nahe, sich auf die §§ 122, 179 und 307 BGB. zu beziehen, wo ausdrücklich vom Vertrauensschaden die Rede ist. Denn ohne das inkorrekte Verhalten des einen Teils hätte der andere einen Vertrag nicht geschlossen und eben deshalb müßte der Schaden ersetzt werden, der gerade durch

[183]) JherJ. IV, 16 ff.

[184]) c. i. c. oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen S. 80, zit. nach Melliger.

[185]) System III, § 138 bei d.

[186]) JherJ. Bd. IV, 16 ff.

[187]) Das wird allerdings bestritten, vgl. z. B. Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, S. 485.

[188]) Crodel, S. 56.

den Vertragsabschluß entstanden ist. Dabei bleiben aber diejenigen Fälle außer Betracht, in denen es unter allen Umständen zum Abschluß eines Vertrages gekommen wäre, freilich unter anderen als den eingegangenen Bedingungen. Auf diese Fälle paßt offenbar das Vertrauensinteresse nicht. Wenn Leonhard [189]), der nur bei zustande gekommenem Vertrag eine Haftung eintreten läßt, das Erfüllungsinteresse fordert, so folgt dies aus seiner Grundeinstellung, nach der es sich bei Verletzung vorvertraglicher Pflichten eben um Vertragspflichten handelt. Eine unterschiedliche Behandlung der Fälle bei zustandegekommenem oder nicht zustandegekommenem Vertrage haben wir abgelehnt; es muß also versucht werden, eine Lösung ohne Rücksicht auf diese Unterscheidung zu finden.

Maßgebend ist in erster Linie die allgemeine Schadensregel des § 249. Zu Unrecht wird gesagt [190]), diese Bestimmung führe in unseren Fällen nicht weiter. Da wir aber ein selbständiges und zwar einseitiges Schuldverhältnis annehmen, aus dem die Anzeige- und Erhaltungspflichten bei Vertragsschluß fließen, ergibt sich zwangsläufig, daß als Schadensersatz das Interesse an der Erfüllung dieses einseitigen Schuldverhältnisses, also ein sogenanntes positives Interesse zu leisten ist. In Beziehung auf das Erfüllungsinteresse des Hauptvertrages kann das Interesse an dem Abschlußverhältnis unter Umständen sehr wohl als negatives Interesse erscheinen. Wenn also z. B. gerade durch die Verletzung einer vertraglichen Mitteilungspflicht das Zustandekommen eines Vertrages verhindert worden ist, so kann der Schaden als positiv bezeichnet werden hinsichtlich der verletzten Mitteilungspflicht, als negativ hinsichtlich des nichtigen Hauptvertrages, dessen Erfüllung nicht in Frage kommt. Es müssen eben lediglich die in Erwartung der Gültigkeit gemachten Aufwendungen ersetzt werden. Weiterhin kann das Interesse an der Erfüllung der Abschlußpflichten, das immer positiv ist, mit dem Interesse an der vollständigen Erfüllung des Hauptvertrages [191]) zusammenfallen. Das ergibt sich einmal aus den Modalitäten der Schadens-

---

[189]) Leonhard, Verschulden . . . , S. 58; das Erfüllungsinteresse wird auch bewilligt in RG. 1912, 743 ff.; dagegen Planck-Siber, Schuldverhältnisse, II, 1, S. 195.

[190]) Staudinger, Bem. I, 2 zu § 276.

[191]) so auch Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 243.

berechnung in bestimmten Fällen[192]). Zum andern kann es gerade in der Konsequenz des Herstellungsgrundsatzes des § 249 BGB. liegen, daß das Erfüllungsinteresse bewilligt werden muß. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn der Berechtigte ohne das schuldhafte Verhalten des andern Teils einen Erfüllungsanspruch gehabt hätte. Das Reichsgericht[193]) steht ebenfalls grundsätzlich auf dem Standpunkt, daß bei der Verletzung vorvertraglicher Pflichten die Haftung nicht in allen Fällen auf das negative Interesse beschränkt ist. Immerhin sieht das Reichsgericht das negative Interesse als die Regel, das Erfüllungsinteresse als die Ausnahme an, für deren Vorhandensein jedesmal besondere Umstände vorliegen müssen. Es verweist hierzu vor allem auf § 463 BGB. und den Ausnahmecharakter dieser Bestimmung, durch die ein Erfüllungsinteresse noch dazu nur bei Arglist und Garantie gewährt wird, während es sich bei der Verletzung vorvertraglicher Pflichten in der Regel um Fahrlässigkeit handelt. Der Geschädigte muß nachweisen, daß er, wenn der Gegner richtige Bedingungen gemacht hätte, bei diesem einen Vertragsabschluß zu günstigeren Bedingungen hätte durchsetzen können[194]). Die Beweisführung richtet sich nach § 287 ZPO. Wenn also der Kläger vorträgt, daß er bei richtiger Information den Vertrag unter keinen Umständen abgeschlossen hätte, kann er immer nur höchstens das negative Interesse verlangen[195]).

Wenn die vorvertragliche Pflichtverletzung noch nach Vertragsabschluß fortdauerte, ist selbstverständlich das Erfüllungsinteresse zu gewähren, da bereits die Verletzung einer Erfüllungspflicht vorliegt[196]).

Derjenige, der das Zustandekommen eines Vertrages durch Verhinderung des rechtzeitigen Zugangs der Annahmeerklärung ver-

[192]) vgl. z. B. den von Cosack-Mitteis, Lehrbuch I, 425 angeführten Fall: A schenkt B ein Grundstück im Werte von 600.000 M. B errichtet einen Neubau im Werte von 800.000 M. A ficht an und muß dem B, wenn er mit der Anfechtung durchdringt, 800.000 M. ersetzen; vgl. ferner RG. 58, 326.

[193]) RG. 103, 50; 103, 157; 106, 73; 107, 242 und 363; 108, 410; 114, 1592; JW. 1924, S. 714; 1928, 1285; Recht 1922 Nr. 1545; Seufferts Arch. 75, Nr. 124; RG. in Warn. 1920, Nr. 149.

[194]) Dieser Beweis gelang dem von einer Stadtgemeinde bei der Auftragsvergebung falsch informierten Unternehmer in RG. 95, 58 ff.

[195]) Dieser Fall lag der Entscheidung in RG. 103, 47 ff. zugrunde.

[196]) RG. in JW. 1912, 743.

eitelt hat, wird sich so behandeln lassen müssen, als ob der Vertrag zustande gekommen wäre, d. h. er haftet auf das Erfüllungsinteresse[197]).

Noch weitergehend als das Reichsgericht vertritt Titze[198]) den Standpunkt, daß bei einem ungünstigen Vertrage der Geschädigte nicht zu beweisen brauche, daß bei Erfüllung der Anzeigepflicht durch den andern Teil ein Vertrag zu günstigeren Bedingungen zustande gekommen wäre. Vielmehr soll dann, wenn der Geschädigte beim Vertrag stehen zu bleiben wünscht, dieser ohne weiteres einen Anspruch auf Einräumung der günstigeren Bedingungen haben. Es soll eben gerade eine Folge des pflichtwidrigen Verhaltens des Schädigenden sein, daß dieser sich nunmehr den Vertrag zu anderen Bedingungen gefallen lassen muß. Diese Veränderung des Vertrages durch Erhöhung der Leistung des Schädigenden oder Minderung der Leistung des Geschädigten ist oft die einzig mögliche Art der Naturalrestitution. Dabei ist der Geschädigte oft durch die Verhältnisse gezwungen zu behalten, was er wegen der falschen Information des Vertragsgegners als Erfüllungsleistung angenommen hat.

Titze führt hier z. B. den Fall an, daß jemand eine Wohnung mit einer schönen Aussicht sucht und der Vermieter verschweigt, daß diese schöne Aussicht demnächst verbaut wird, obwohl er weiß, daß nur die schöne Aussicht den anderen veranlaßt hat, die Wohnung zu mieten. Es wird sicherlich in den meisten Fällen dem Mieter nicht möglich sein, wegen der Schwierigkeiten der Wohnungssuche seinen Schadensersatz in der Form zu suchen, daß er sofort vom Mietvertrag zurücktritt, auszieht und die Umzugskosten ersetzt verlangt. Dagegen wird es dem Vermieter schwer zu widerlegen sein, daß er die Wohnung nur zu dem vereinbarten, durch Rentabilitätsrücksichten bestimmten Preis vermietet haben würde. Der Mieter wird sich dann also mit der Verbauung der Aussicht abfinden müssen, ohne Entschädigung verlangen zu können, da er eben nicht nachweisen kann, daß er bei vorheriger Kenntnis der Verbauung einen billigeren Mietspreis ausgehandelt hätte; hier besteht also ausnahmsweise ein Bedürfnis, von dem Beweis des günstigeren Abschlusses abzusehen. Im übrigen wird man aber an der Regel festhalten müssen, daß der

[197]) vgl. RG. 97, 336.
[198]) Handwörterbuch d. Rechtsw. Bd. VI, S. 516 ff.

Geschädigte die Möglichkeit des günstigeren Abschlusses nachweisen muß[199]). Der Geschädigte ist ja nicht darauf angewiesen, beim Vertrag zu bleiben, er kann das negative Vertrauensinteresse in der regelmäßigen Form derart geltend machen, daß sich beide Parteien nach den Rücktrittsregeln das Geleistete zurückgewähren und der Geschädigte außerdem Ersatz der speziellen Vertragsaufwendungen erhält.

Zusammenfassend kann man also sagen, daß aus der Natur der vorvertraglichen Pflichten nichts Prinzipielles über den Umfang der Schadensersatzpflicht folgt. Nach der allgemeinen Regel des § 249 BGB. ist vielmehr immer derjenige Schaden zu ersetzen, der durch das pflichtwidrige Verhalten ursächlich herbeigeführt wurde[200]). Das Interesse des beim Vertragabschluß Geschädigten wird sich im Verhältnisse zum Interesse am Zustandekommen des Hauptvertrags gewöhnlich als negatives oder Vertrauensinteresse darstellen. Hinsichtlich dieses negativen Interesses gelten die allgemeinen, im Anschluß an die §§ 122, 179 Abs. II, 307 und 309 BGB. entwickelten Grundsätze. Das Vertrauensinteresse umfaßt, genau wie das Erfüllungsinteresse, sowohl damnum emergens als auch lucrum cessans gemäß § 252 BGB.[201]). Wenn also z. B. der Mieter den Mietvertrag wegen Irrtums angefochten hat, so kann der Vermieter als Vertrauensinteresse neben Ersatz der besonderen Ausgaben (positiver Schaden) auch Ersatz des Gewinnes verlangen, den er bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Mietvertrages durch anderweitige Vermietung gemacht haben würde (entgangener Gewinn). — Wo kein Erfüllungsinteresse besteht, ist selbstverständlich auch kein Vertrauensinteresse gegeben, wenn z. B. inzwischen die Preise gesunken sind oder der Erfüllungsanspruch einer kürzeren Verjährung unterliegt als der negative Ersatzanspruch. Für die Berechnung des Schadensersatzes ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Ersatzberechtigte über die wirkliche Lage aufgeklärt wurde oder er in der Lage war, den Irrtum zu erkennen. Für die zeitlich vor dem Eintritt in die Vertragsverhandlungen liegenden Ausgaben kann nur ausnahmsweise Ersatz

[199]) Den gleichen Grundsatz vertritt das RG. übrigens auch für den Fall der Anfechtung nach § 123. Wenn der Getäuschte nachweisen kann, daß auch bei redlichem Verhalten des andern Teils der Vertrag, und zwar zu günstigeren Bedingungen, zustandegekommen wäre, kann er das Erfüllungsinteresse fordern; vgl. RG. 83, 246; LZ. 1921, 273 Abs. 1.

[200]) Stoll, in JW. 1927, 2118; LZ. 1923, 546.

verlangt werden[201]). Für nicht vermögensrechtliche Interessen gilt § 253 BGB., d. h. es kann überhaupt kein Ersatz verlangt werden. Unabhängig von dem Vertrauensersatzanspruch des Geschädigten können beide Parteien voneinander das bereits Empfangene zurückfordern, wobei dasjenige, was etwa bereits konsumiert ist und deshalb nicht zurückgegeben werden kann, zur Anrechnung gelangt[202]).

IV. Bei der Erfüllung der vorvertraglichen Pflichten ist auch Stellvertretung möglich. Hierfür wird nach herrschender Lehre und Rechtsprechung[203]) gemäß § 278 BGB. gehaftet. Zu beachten ist dabei, daß die Frage der Gehilfenhaftung nach § 278 nichts mit den Regeln über die Stellvertretung (§§ 164 ff. BGB.) zu tun hat[204]). Ob der Vertretene durch den Vertreter bezüglich der Hauptverpflichtung rechtswirksam verpflichtet wird, ist eine ganz selbständige Frage, die unabhängig von der Frage der Gehilfenschaft bei der Erfüllung der Vertragsabschlußpflichten zu entscheiden ist.

Anderer Meinung sind jedoch Oertmann[205]) und Müller-Erzbach[206]); Oertmann unterscheidet zwischen Abschlußgehilfen und Abschlußvertretern und will nur auf die ersteren den § 278 anwenden. Seine Einwendung, daß der Vertretene erst durch die Abgabe der Willenserklärung zum Hauptvertrag nach § 166 BGB. verpflichtet werde und deshalb nicht für die der Willenserklärung vorhergehenden Handlungen haftbar gemacht werden könne, trifft nicht den Kern der Sache. Denn die Ersatzverpflichtung des Vertretenen beruht nicht darauf, daß der Vertreter für ihn ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, sondern darauf, daß er in seinem Namen oder vielleicht auch in Ausführung der bereits vom Geschäftsherrn eingeleiteten Geschäftsverbindung Vertragsverhandlungen mit dem Gegner

[201]) vgl. Rabel, Der sogenannte Vertrauensschaden, in Ztschr. für Schweizer. Recht, Bd. 27, 291.

[202]) vgl. Rabel, Der sogen. Vertrauensschaden, S. 327; Windscheid-Kipp, Bd. II, S. 73.

[203]) Leonhard, Verschulden beim Vertragsschluß, S. 47 und 65; Planck-Siber, Bem. 1a zu § 278; Staub-Koenige, Anm. 150c zu § 377; Enneccerus-Lehmann, § 43, III a. E.; Staudinger-Werner, Bem. I, 2 zu § 278; die Reichsgerichtsentscheidungen sind bei Hildebrandt, Erklärungshaftung, S. 291, aufgeführt.

[204]) Das verkennt Stoll in seiner Besprechung in JW. 1928, 1285.

[205]) Bem. 3e zu § 278.

[206]) Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, ArchZivPrax. 106, 439.

geführt hat. Durch die Einleitung dieser Vertragsverhandlungen ist ein Schuldverhältnis begründet worden, daß seitens des Vertreters durch unvollständige Erklärungen genau so verletzt werden kann, wie seitens des Geschäftsherrn.

Müller-Erzbach will eine Haftung des Vertretenen nur nach Maßgabe der §§ 164 und 166 BGB. gelten lassen [207]). Hierzu ist zu sagen, daß es sich in diesen Bestimmungen gar nicht um eine Schadensersatzpflicht handelt, sondern nur um die Regelung der Zurechenbarkeit der Vertreterhandlungen und -erklärungen. Eine Schadensersatzpflicht ergibt sich erst, wenn zur Ergänzung dieser Bestimmung der § 278 BGB. herangezogen wird.

Die Entwicklung der zunächst ablehnenden Lehre und Rechtsprechung ist ausführlich bei Steinberg [208]) dargestellt. Die Erkenntnis, daß die Erfüllungsgehilfenschaft nicht mit der Stellvertretung zusammengebracht werden darf, ist erst allmählich durchgedrungen.

Ein gutes Beispiel für die praktische Richtigkeit dieser begrifflichen Unterscheidung bietet RG. 120, 252 in JW. 1928, 1285. Hier hatte jemand ein Grundstück durch formlosen Kaufvertrag erworben und alsbald wieder weiter veräußert. Da bei der Auflassung an den zweiten Käufer der erste Verkäufer noch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen war, wurde die Auflassung in der Form vollzogen, daß der zweite Verkäufer als Vertreter des eingetragenen Eigentümers das Grundstück an den zweiten Erwerber aufließ. Da bei den Kaufverhandlungen mit dem zweiten Erwerber der Weiterveräußerer nicht mitgeteilt hatte, daß entgegenstehende Ansprüche Dritter vorhanden waren, entstand die Frage, wen der Zweiterwerber wegen Verletzung einer vorvertraglichen Anzeigepflicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen könne. Nach Vertretungsgrundsätzen hätte der erste Verkäufer haften müssen, weil die Auflassungserklärung formell in seinem Namen abgegeben war. Fragt man aber, ob der Weiterverkäufer als Erfüllungsgehilfe des Erstverkäufers bei den Vertragsverhandlungen mit dem Zweiterwerber

---

[207]) so auch noch Enneccerus in der 7. u. 8. Aufl.

[208]) Steinberg, Die Haftung für c. i. c., S. 97 ff.; ablehnend ist z. B. die grundlegende Entscheidung, 61, 213. Dagegen heißt es in RG. 103, 50: „Es entspricht Sinn und Zweck des § 278, daß, wenn schon bei den Vorverhandlungen Haftpflichten entstehen, auch das Verschulden von Vertretern bei Vertragsverhandlungen zu vertreten ist."

anzusehen ist, so kommt man zu einer Verneinung der Haftbarkeit des ersten Verkäufers, da tatsächlich der ursprüngliche Eigentümer mit dem Weiterverkauf überhaupt nichts zu tun hatte und dabei der Weiterverkäufer auch nicht dessen Erfüllungsgehilfe sein konnte. Das Reichsgericht läßt dementsprechend auch nur den Weiterverkäufer auf Schadensersatz haften, indem es die Analogie zu dem Rechtsverhältnis des procurator in rem suam erwähnt. Stoll's [209]) Kritik in der Anmerkung zu dieser Entscheidung mißversteht die Bedeutung dieser Analogie. Es ist keineswegs so, daß das Reichsgericht hier eine neue Begriffsbestimmung für das Vertretungsverhältnis einführen will, indem es statt nach der Vollmacht, nach den wirtschaftlichen Interessen fragt. Der prourator in rem suam c ist garnicht Stellvertreter, sondern Zessionar. Der Vergleichspunkt besteht darin, daß sowohl beim procurator in rem suam als auch bei dem Scheinvertreter im vorliegenden Falle aus formellen rechtlichen Gründen die rechtliche Form der Willenserklärung nicht mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt. Der procurator kann nur deshalb nicht die Forderungen im eigenen Namen geltend machen, weil er Zessionar ist und für die Abtretung nach dem damaligen römischen Recht keine actio bestand. Der Procurator kann aber die eingetriebene Forderung für sich behalten, weil er eben tatsächlich selbst der Forderungsinhaber ist.

Genau so war im vorliegenden Falle der Weiterveräußerer nicht als Vertreter zu behandeln, sondern als Verkäufer, obwohl er formal eine Erklärung im fremden Namen abgegeben hatte. Man kann also — was Stoll bestreitet — sehr wohl Partei und Stellvertreter zugleich sein, wenn die Stellvertretung nur Scheincharakter hat.

V. Was die Verjährung der Schadensersatzansprüche aus der Verletzung von Vertragsabschlußpflichten angeht, so ergibt sich aus der am Anfang des Kapitels V dieser Arbeit entwickelten theoretischen Natur des zugrundeliegenden Schuldverhältnisses, daß nicht die kurze dreijährige Verjährungsfrist aus § 852 BGB. für unerlaubte Handlungen in Frage kommt, sondern grundsätzlich die normale

[209]) in JW. 1928, S. 1285/86.

dreißigjährige Frist des § 195 BGB.[210]) seit Entstehung[211]) des Tatbestandanspruches. Denn es handelt sich um Pflichten aus einseitigem Schuldverhältnis, auf das die Vertragsregeln analoge Anwendung finden. Daher gilt bei Kauf- oder Werkmängeln die kürzere Verjährungsfrist der §§ 477, 638 BGB. nicht nur für die Wandlungs- und Minderungs-, sondern auch für die Vertragsabschlußansprüche[212]). Zu berücksichtigen ist aber, daß, soweit Gewährleistungsrechte (so bei Rechtsmängeln §§ 440, 445, 541/38, Sachfehlern §§ 463 Abs. II, 538 Abs. I und Fehlen vertraglich zugesicherter Eigenschaften §§ 463 Abs. I, 537 Abs. II, 538 BGB.) sich mit den Vertragsabschlußpflichten decken, diesen die Gewährleistungsansprüche als „lex specialis" vorgehen.

Auch in den Fällen des §§ 196 BGB. findet die zweijährige Verjährungsfrist für die Verletzung von Vertragsabschlußpflichten entsprechende Anwendung; denn der rechtspolitische Zweck[213]) dieser Vorschrift erfaßt auch die nicht zu einem gültig zustande gekommenen Vertrag führenden Verhandlungsverhältnisse. Die Ausnahmebestimmungen des § 196 BGB. treffen also stets zu, wenn der aus einem unter § 196 fallenden Geschäft Leistende wegen Verletzung vorvertraglicher Pflichten des Geschäftsgegners eine Erhöhung der Gegenleistung verlangt. Dies folgt auch daraus, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Gegenleistung nach herrschender Lehre[214]) ebenfalls unter die §§ 196, 201 BGB. fällt.

Dagegen besteht für den Käufer oder Besteller, der Ansprüche aus dem Verhandlungsverhältnis geltend macht, nur die Verjährungsfrist des § 195 BGB.; denn sie gelangt auch bei abgeschlossenem Vertrage für die Ansprüche des Käufers auf Lieferung der Ware oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung allein zur Anwendung[215]).

[210]) Leonhard, Verschulden bei Vertragsschluß, S. 48 und 67; von Tuhr, Allg. Teil, § 62, S. 486; Melliger, S. 170; Enneccerus-Lehmann, § 43, III; Titze, DJZ. 25, 491.

[211]) Dabei wird der Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruches schon mit dem Eintritt der ersten Verletzung vorvertraglicher Pflichten während des Verhandlungsverhältnisses beginnen, die zu dem Schadensersatz führt.

[212]) Leonhard, Verschulden . . . , S. 67 ff.; RG. 129, 281 ff.

[213]) In den Motiven I, 227 wird er mit der Bekämpfung der Kreditwirtschaft und Entlastung des kaufmännischen Betriebs begründet.

[214]) RG. 61, 391; RGR. Komm. § 196, 1b.

[215]) RG. 62, 184; LZ. 27, 783 Nr. 6.

Lebenslauf.

Geboren am 29. Mai 1906 in Wien als Sohn des Ingenieurs und Direktors Fritz Zimmerer und seiner Ehefrau Louise geb. Neppach, besuchte ich die humanistischen Gymnasien in Wien und München, wo ich 1926 die Reifeprüfung bestand. Im selben Jahre bezog ich als Jurist die Universität München. Ich schloß das Studium in Berlin ab und bestand am 19. Februar 1932 die erste juristische Prüfung beim Kammergericht. Während des Vorbereitungsdienstes als Referendar legte ich am 19. Januar 1934 die mündliche Doktorprüfung an der Universität Halle ab. Für die freundliche Förderung der Arbeit bin ich Herrn Professor Dr. Boehmer zu außerordentlichem Danke verpflichtet.